FRANCESCO CARNELUTTI

INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL

TRADUCCION DE LA QUINTA EDICION ITALIANA POR
SANTIAGO SENTIS MELENDO

VOLUMEN I

EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA
BUENOS AIRES

PALABRAS DEL TRADUCTOR

Si en 1950, al prologar las Lecciones sobre el proceso penal, *pudo decir el profesor Alcalá-Zamora que estaba lejos de su ánimo hacer la presentación de Carnelutti "desde aquí y a estas alturas", con mayor razón puede considerarse hoy como una redundancia tal presentación. Si entonces Carnelutti era conocido por todos los estudiosos de lengua castellana, hoy su figura resulta absolutamente familiar: es el patriarca de nuestro derecho procesal. Después de aquellos cuatro volúmenes de* Lecciones *y del volumen de* Lecciones de derecho penal, *todavía han venido a nuestra lengua (continuando la labor emprendida con la publicación de* El problema de la pena *y* Arte del derecho) *algunas obras menores:* Cómo nace el derecho, Cómo se hace un proceso, Las miserias del proceso penal; *y, sobre todo, los dos grandes volúmenes de* Estudios de derecho procesal, *en los que se recogió la producción monográfica de mayor interés.*

Hoy, el propósito, como cuando se tradujeron las Lecciones sobre el proceso penal, *es integrar la producción general del autor; es ofrecer la última de las grandes obras procesales de Carnelutti: de esas obras que comienzan con las* Lecciones de derecho procesal civil *(o, podría decirse, con* La prueba civil*), para seguir con la obra magna, el* Sistema *y, después, ya bajo la vigencia del nuevo código, con las* Instituciones *y, más tarde, en el campo del proceso penal, con las* Lecciones*; y, como complemento obligado, con la* Teoría general del derecho, *de indispensable utilización para quien desee seguir en su continua marcha el pensamiento de Carnelutti: "Este libro cierra el ciclo, iniciado con las* Lecciones *y proseguido con el* Sistema, *de mis obras generales sobre el proceso civil", dijo Carnelutti en las primeras líneas de su prefacio a la tercera edición de la obra que hoy publicamos en castellano.*

Las Instituciones *han llegado a su quinta edición, sobre la cual he realizado mi labor. La primera edición, publicada apenas promulgado el nuevo código, fue traducida al castellano por el profesor Jaime Guasp, y publicada en España (Bosch, Casa Editorial, Barcelona) en 1942. ¿Por qué se traduce hoy esta nueva edición de la obra? Podría contestarse, sencillamente: porque se trata de una obra nueva y diferente. El autor lo afirmó ya así al prologar la tercera edición, en la cual la transformación se manifestó categóricamente: "La primera edición de esta obra era incompleta y provisional", y señaló a continuación los motivos de tales características de la edición primitiva. A partir de la tercera edición, la obra adquiere plenitud y definitividad. No es sólo Carnelutti quien nos lo dice; es también Calamandrei al comentar esa tercera edición: "Esta tercera edición aparece, para quien la compare con la primera (la segunda fue una simple reimpresión), como una obra nueva". Y en seguida nos advierte que su extensión es casi doble,*

*y que no se trata de retoques aislados, pues en los últimos cientos de páginas se contiene un trabajo absolutamente nuevo. Aconsejo la lectura de las dos notas bibliográficas que Calamandrei dedicó a la primera y a la tercera edición de este libro; no sería correcto reproducirlas al frente de esta obra, ya que las mismas se contienen en un pequeño volumen de trabajos del que fue profesor de Florencia, que acabo de publicar (*Los estudios de derecho procesal en Italia, *en Breviarios de Derecho, Buenos Aires, Ejea, 1959).*

He traducido y publicado, pues, un libro nuevo y como tal lo presento a los estudiosos, de acuerdo con el autor y con el editor de la traducción de la primera edición, que ha considerado que la existencia de aquélla no debía ser obstáculo para la realización de ésta.

En cuanto a la forma en que la traducción se ha llevado a cabo, no creo que sean necesarias extensas aclaraciones: después de más de un cuarto de siglo de realizar traducciones de obras procesales italianas y cuando, en las distintas zonas del campo jurídico, he traducido más de cien volúmenes, tengo derecho a creer que la mayor parte de los problemas terminológicos están resueltos y que lo están correctamente. La terminología utilizada en la traducción del Sistema *(de cuya unificación cuidó el profesor Alcalá-Zamora) puede considerarse mantenida, con ligeras variantes, algunas de las cuales se hicieron constar al frente de la traducción de las* Lecciones sobre el proceso penal; *hay otras, como la traducción literal de* ejecución forzada, *en lugar de* forzosa, *que me parece más adecuada gramatical y jurídicamente; es posible que pueda apreciarse cierta anarquía en cuanto al empleo, en este libro, de las voces "plazo" y "término"; no creo que la cuestión sea de gran importancia ni que origine perturbaciones; cuando se trata de la traducción de artículos del Código de procedimiento, reproducidos en la obra, me he ajustado a la traducción del mismo que aparece como apéndice al* Derecho procesal civil *de Redenti, en la que generalmente la traducción fue literal, utilizándose la voz "término", mientras que en otros muchos casos se ha utilizado la voz "plazo", por entender que corresponde más exactamente a su sentido jurídico. Alguna expresión como la de "precepto", de tanta trascendencia en el proceso de ejecución italiano, ha debido traducirse (como ya venía ocurriendo en anteriores traducciones) literalmente. Ciertos problemas idiomáticos como el de la existencia en italiano de las dos voces* "obbligo" *y* "obbligazione" *son de difícil solución, pero el lector estudioso los capta sin dificultad.*

Con esta obra, la producción procesal carneluttiana está completa en nuestra lengua, en cuanto es posible; la ausencia de las Lecciones de derecho procesal civil *no puede remediarse, ya que traducirlas hoy en día carecería de sentido científico y podría resultar perturbador. Tenemos el* Sistema, *las* Lecciones sobre el proceso penal *y estas* Instituciones *que, como dijo el autor, cierran el ciclo de sus obras generales. Para quien haya seguido ese ciclo, esta obra, y en esta edición última, es de estudio indispensable. Pero lo es también para quien, sin haberlo seguido, quiera hoy conocer la síntesis de la doctrina carneluttiana.*

Para manejar cómodamente este libro es indispensable acudir a cada momento al texto del Código de procedimiento civil italiano; de éste existen tres traducciones al castellano: la realizada por Alcalá-Zamora, que figura como apéndice en el volumen primero del Sistema; *la realizada por los doctores Dassen y De Cillis (publicada por la Editorial Depalma en 1944) y*

la que yo incorporé a la traducción del Derecho procesal Civil *de Redenti, que es a la que se ajusta la presente traducción, por haberse realizado aquélla teniendo en cuenta las profundas modificaciones introducidas en 1950. No considero admisible agregarla aquí; y pienso que no serán pocos los lectores de esta obra que cuenten en su biblioteca con la de Redenti.*

La frecuencia de citas de los artículos del código me ha determinado, lo mismo que al traducir otras obras (Redenti, Manzini, Messineo) a confeccionar el índice de preceptos citados. También figura el de bibliografía citada por Carnelutti, que si bien (por las razones que el autor indica) se reduce a "obras italianas de reconocido valor científico" es muy interesante para el lector de nuestra lengua; he agregado la indicación de pie editorial en aquellas obras que están traducidas; con ello he querido facilitar la labor de nuestros estudiosos, aunque objetivamente resulte que el mayor número de esas traducciones son mías. Finalmente, con toda extensión, y con el método que me ha sido posible alcanzar, he formado el índice alfabético de materias, sin el cual esta obra, como las demás de Carnelutti, no puede manejarse fácilmente.

Se incorporan así estas nuevas Instituciones *de Carnelutti a nuestra literatura procesal.*

S. S. M.

PREFACIO A LA CUARTA EDICION

Al cometido, actualmente penoso para mí, de corregir y actualizar este libro, me he sujetado para responder a las instancias de la escuela (la querida escuela padovana, a la que provisoriamente he retornado) así como a las exigencias de la vida.

Las instancias de la escuela se hicieron sentir el año pasado cuando, habiendo llegado a ser rarísimos los ejemplares de la anterior edición, hube de poner en mano de los estudiantes otros textos, los cuales serán mejores que el mío, pero no existe cosa peor para quien ha comenzado los estudios que la desorientación ocasionada por el método diverso de la exposición escrita y de las lecciones orales. Por otra parte, no me habría podido adaptar a seguir, y a hacer seguir, en estas últimas, un método ajeno. Cada día estoy más persuadido de que "hombres extraordinariamente cultos, o al menos informados, los cuales hacen consistir la enseñanza en la exposición de las diversas opiniones o teorías, como equivocadamente se dice, y que incluso ponen un punto de snobismo *al no escoger siquiera entre ellas o, al menos, al ostentar por la elegida una señorial indiferencia, son en realidad malos maestros. Será también verdad que «en la Universidad es preferible el mediocre cauto al ingenioso incauto», pero si, al menos, a la cautela no se agrega la convicción, dudo que el cambio se resuelva en un buen negocio"* (La strada, *primera edición, pág. 170). Al fin y al cabo, lo mejor que podemos hacer, en la escuela, es enseñar, con el ejemplo mejor aún que con el precepto, el amor por la verdad; pero el ejemplo consiste en creer en aquello que se dice.*

Estos ejemplos, los escolares los llevan consigo en la

vida; y son el verdadero viático que pueden recibir de sus maestros: en esa vida, en la que, si no quieren vegetar tristemente, deben ponerse a estudiar de verdad cuando, al choque de las primeras dificultades, se dan cuenta de lo que pueda valer el título de doctor, cuya hipocresía no parece que la próxima reforma de la escuela se decida a cancelar; y del estudio tienen los medios, finalmente, mientras del primero de estos medios, que es la observación de la realidad, la enseñanza universitaria del derecho, a diferencia de las otras enseñanzas, está todavía absolutamente privada. Por eso, nuestro oficio (el de nosotros, enseñantes de derecho, en medida mucho mayor que el de quienes enseñan otras ciencias) se prolonga más allá de los límites de la escuela.

Ahora bien, el problema, bajo este aspecto, es el de proporcionar a los prácticos, como acostumbramos a llamarlos, el mejor instrumento o, al menos, el instrumento que se considera mejor al objeto de trabajar, estoy por decir al objeto de roturar, la realidad. Y aquí conviene que cada uno asuma su responsabilidad. Precisamente porque no quiero lavarme las manos, mientras el Señor me tenga en este mundo, y aunque ya no me sea dado el enseñar en la escuela, considero que es mi deber poner este libro en condiciones de servir en aquella escuela más verdadera que es la vida. Y espero no engañarme al prever que algún servicio pueda prestar todavía.

Se ha discurrido mucho en los últimos tiempos en pro y en contra de la dogmática; pero es conveniente, para limpiar el argumento de todo equívoco, decir una última palabra sobre ello. Aunque no fuese por otra cosa que al objeto de aclarar que, en mi dogmatismo y, al mismo tiempo, antidogmatismo, no existe ninguna contradicción. Soy dogmático porque afirmo la necesidad de la dogmática; soy antidogmático porque reconozco su insuficiencia. Quiere decir, después de todo, que los peligros de la dogmática se atenúan en gran parte, aunque no desaparezcan del todo, cuando se sale de la escuela para entrar en la vida. En la escuela, y más aún tal como está ordenada o... desordenada actualmente, el peligro más grave es que el instrumento opere en vacío por falta de

la materia sobre la cual debe operar; en suma, el peligro de la confusión, como se ha dicho tantas veces, entre el fenómeno y el concepto. Pero en la vida, en el mercado o ante el tribunal, en las oficinas de un banco o entre los muros de una penitenciaría, que el hurto o la venta sean un artículo de código más bien que dos hombres que pelean o que se estrechan la mano, es una equivocación en la que nadie puede caer ya. Incluso la desorientación al pasar de la escuela a la vida se debe precisamente a observar lo diversas que las cosas son respecto de lo que se había imaginado. El doctor en jurisprudencia, una vez investido del oficio de juez o de abogado, se encuentra como un campesino frente a la tierra que ha de cultivar. La responsabilidad, decía, es la de proporcionarle utensilios idóneos para la necesidad.

Los comentarios *no digo que dejen de ser útiles e incluso necesarios. El campesino sabe que si sobre el campo arado la traílla no triturase los terrones, no podría sembrar; e incluso, cuanto más profunda ha sido la labor de arar, tanta más necesidad se tiene del empleo de la traílla. Y las* monografías, *todavía mejor, sirven para el mismo oficio. Pero ningún campesino se sirve de la traílla en el lugar del arado. El valor de mi libro es éste. La dogmática, después de todo, culmina en el* sistema. *Grabar en el pensamiento de los juristas las líneas del sistema vale tanto como excavar en el campo tenaz los surcos profundos. Contemplando aquella agitación, mientras la reja va abriendo la tierra, se le puede a uno ocurrir pensar que baste, en cambio, un pequeño hoyo para depositar en él el grano de la simiente; pero el campesino sonreiría ante tanta ignorancia.*

¿Estamos de acuerdo? El oficio de este libro es el del arado. Yo me descubro ante otros métodos más fáciles, más atrayentes, más elegantes si se quiere; pero, Dios me perdone, no quiero sufrir el remordimiento de haber arado con el clavo.

* * *

Precisamente porque el carácter del libro es el sistema, corregir la edición anterior quería decir introducir aquellos

perfeccionamientos en el sistema que he tratado de alcanzar en las Lecciones sobre el proceso penal, *así como en la segunda y después en la tercera edición de la* Teoría general del derecho. *En un principio, cuando me he puesto al trabajo, he temido que, bajo este aspecto, el libro pudiera resultar muy diverso de lo que era primeramente. Recorriendo el camino, sin embargo, el problema se ha simplificado mucho.*

Por una parte, retornando, después de varios años, al estudio del proceso civil desde el estudio del proceso penal, he experimentado la impresión de una diferencia entre ambos procesos mucho más profunda de lo que me pareció en un tiempo, cuando tenía un conocimiento empírico, más que otra cosa, del segundo. Ahora tal diferencia se refleja también en la arquitectura científica del uno y del otro. La remeditación del proceso civil me ha mostrado, en suma, que muchos de los cambios, que se pueden apreciar confrontando estas Instituciones *con las* Lecciones sobre el proceso penal, *responden más bien a la naturaleza de este último que a las líneas de un sistema general del proceso.*

Otro punto de vista en la comparación entre estas Instituciones *y aquellas* Lecciones *se refiere no tanto a la materia cuanto al modo de tratarla, tal como se refleja en las dos fórmulas de las* lecciones *y de las* instituciones. *Bajo este aspecto, mucho más se asemejan a las* Lecciones sobre el proceso penal *las* Lecciones de derecho procesal civil *que no las* Instituciones, *a pesar del largo tiempo transcurrido entre las viejas y las nuevas lecciones y la profunda renovación experimentada, en el intervalo, por mi pensamiento. En las* Lecciones *el hierro, me atrevería a decir, está todavía incandescente; en las* Instituciones *ha tomado, por virtud de la lima, además del martillo, una forma casi definitiva. El tono de las* Lecciones *es más fluido; el de las* Instituciones *más decidido. Allí, en más de un momento, el pensamiento se desborda; aquí, está contenido y retenido.*

Bajo un diverso aspecto viene a la luz también la diferencia entre las Instituciones *y la* Teoría general. *En último análisis, se trata de ver la realidad desde una menor o mayor altura. Es interesante cómo tiene esto importancia también*

en cuanto a la terminología.. Al descender de nuevo de la teoría general a una teoría particular, he vivido una experiencia inversa a la de la ascensión, dándome cuenta cómo desde la una a la otra, con el desplazamiento del punto de vista, también las ideas y las palabras, dentro de ciertos límites, deben cambiar.

* * *

Otros cambios se deben, desgraciadamente, a la diversidad de los datos y no al modo de elaborarlos. Aludo a la famosa, por no decir mal afamada, reforma del procedimiento, con una expresión de amargura que no se refiere al trabajo exigido por la actualización. Y tampoco el labor, *en el sentido latino de pena más bien que de fatiga, se debe al rebosamiento de la amargura experimentada, mucho más que por el fracaso del código, previsible y previsto, por la injusticia de cuantos han desconocido las causas de ello, que, sin embargo, es tan fácil de reconocer, en cuanto a una pequeña parte, en los defectos de pulimiento más bien que de estructura de la ley y, en cuanto al resto, en el ambiente adverso, de las cosas y de las personas, sin las cuales ninguna ley, y mucho menos una ley procesal, puede esperar el éxito. La amargura ha estado más bien en ver cómo a esta injusticia se haya asociado, cándidamente, el poder legislativo.*

Cándidamente, digo, porque no querría poner en la cuenta de ninguno de aquellos que han dado apoyo a la reforma, una carencia de buenas intenciones. Incluso la ausencia entre ellos de cultores de la ciencia se puede explicar decorosamente por el convencimiento de que, en el fondo, no se trataba de otra cosa sino de poner a punto la máquina en algunos detalles, los cuales no perjudican su diseño y su mecanismo. Es hacer justicia, después de todo, a aquellos hombres de valía el pensar que cuando, por ejemplo, se agregó al primer apartado del art. 180 aquel modesto período según el cual "el juez, sin embargo *(esto es, no obstante el que la tratación sea oral), puede autorizar la comunicación de escritos .... señalando nueva fecha para la audiencia de instrucción", nadie haya advertido que así, simplemente, al pro-*

ceso de cognición se le cambiaban los caracteres transformándolo, en realidad, de proceso oral en proceso escrito; más bien, con inocencia, ellos han considerado que, habiendo prevalecido hoy en día en la práctica la instrucción escrita a pesar del viejo texto del art. 180, más valía que la ley se adecuase a la práctica en vista de que la segunda no se había adecuado a la primera. Precisamente esto de no haberse encontrado la energía para reaccionar contra los múltiples factores que conspiraban para llevar de nuevo al proceso civil a posiciones retrasadas, adaptándose débilmente a aquel dejar correr que hastía en tantos sectores la vida italiana, ha sido, para mí, la pena.

Esto no significa de una manera absoluta, sin embargo, que yo me haya desilusionado. Si el saludo a Chiovenda, que me arrancaron las primeras impresiones sobre la reforma [1], *fue interpretado así por alguno, es que no me he hecho comprender. El tono patético era signo, por el contrario, de una reacción profunda. Creíamos haber vencido, dentro de los límites en que se podía y se debía vencer; y nos hemos equivocado; esto es todo. También nuestras batallas atraviesan vicisitudes alternativas. Y si otros dejan correr, no lo haremos así nosotros, a quienes Chiovenda ha dejado un grave cometido y un gran ejemplo. Después de todo, deber volver a combatir es algo que nos aproxima, aunque sea inmerecidamente, a él.*

Pieve a Presciano, 30 de diciembre de 1950.

[1] *Addio, Chiovenda!*, en *Rivista di diritto processuale*, 1948, I, pág. 121.

PREFACIO A LA TERCERA EDICION

La primera edición de esta obra era incompleta y provisional: incompleta porque, a fin de ofrecer inmediatamente un medio de estudio del código nuevo, que pudiese servir para la preparación de los juristas durante la vacatio legis, *debí dejar fuera de ella casi toda la parte relativa a los denominados* procedimientos especiales; *provisional porque mientras la compuse, no habían terminado los trabajos para la formación de la ley procesal, faltando todavía las normas para su aplicación, y, por otra parte, todavía no habían sido publicados cuatro de los seis libros del nuevo código civil, entre ellos el libro* La tutela de los derechos, *cuyas relaciones con el código de procedimiento son de sumo interés. Por eso, tan pronto como me fue posible, debí atender y atendí a completarla y a corregirla.*

La mayor dificultad del cumplimiento se ha encontrado en el estudio de los procedimientos especiales, de los cuales, según el carácter de la obra, debía intentar y he intentado, una sistematización. Siendo éste también para mí el sector del derecho procesal menos elaborado, he tenido sorpresas, alternativamente agradables y desagradables; me daba muy bien cuenta de que la legislación en este sector, no precedida de una conveniente preparación científica, debía ser sin comparación menos avanzada que en los otros, mucho más conocidos, del proceso ordinario de cognición y de ejecución, pero confieso no haber previsto todo lo profundamente que tal defecto se deja sentir en la estructura, exterior e interior, del cuarto libro del código; por fortuna, esta amarga verdad ha sido compensada por los resultados que una primera atenta exploración de este territorio casi desconocido, me ha pro-

porcionado en orden a aquella que querría denominar su fertilidad científica. Esta indicación se refiere en particular al proceso voluntario, respecto del cual conviene que la ciencia, después de haber sacado de la sombra en que yacían hasta hace poco tiempo el proceso ejecutivo y el proceso cautelar, reconozca también la importancia e ilumine la figura. No vacilo en afirmar que los beneficios de este trabajo serán muy notables no sólo para elevar su disciplina de la fase empírica a la fase racional, sino también para el mejor conocimiento del proceso entero.

Precisamente las numerosas modificaciones que el lector advertirá en comparación con la primera edición, dependen no solamente de la masa de los datos, aumentada además de con el cuarto libro con las normas de aplicación (las cuales constituyen mucho menos un reglamento ejecutivo del código que su complemento interpretativo o correctivo), sino también y más aún de la necesidad, en que me he encontrado, para dominar aquella masa, de colocarme a una mayor altura.

Esto no quiere decir que la obra sea perfecta y tampoco que yo esté satisfecho de ella. Es solamente otro peldaño.

Milán, marzo de 1942.

PREFACIO A LA PRIMERA EDICION

Este libro cierra el ciclo, iniciado con las Lecciones *y proseguido con el* Sistema, *de mis obras generales sobre el proceso civil.*

Para quien recuerda los siete volúmenes de las Lecciones *y los tres del* Sistema, *éste, que desarrolla en un solo volumen el estudio entero del proceso, puede semejar el vértice de una pirámide. La verdad es que en una y otra de las obras precedentes, para trabajar la materia procesal, yo me he ingeniado en buena parte en construir los propios instrumentos de trabajo; el volumen introductivo de las* Lecciones *ha sido algo como el depósito de materiales de una construcción; más tarde, en el* Sistema, *¿cómo habría podido, aun prescindiendo de otros, afrontar los problemas de la dinámica del proceso sin trazar las líneas de una dinámica del derecho? Pero hoy en día, habiendo logrado dar a aquel depósito un ordenamiento, si no ciertamente definitivo, en razón de mis fuerzas, al menos suficientemente estable y acabado, he podido emprender de nuevo los estudios procesales libre de aquella necesidad. El lector queda advertido así de que la clave de este libro es la* Teoría general; *me atrevo a esperar que ésta, a su vez, encuentre en él una satisfactoria aprobación. Sin embargo, sería un error considerar este libro nada más que como el* Sistema *aligerado de las nociones generales.*

En primer término ha cambiado, con la reforma, el dato del estudio. Desde el punto de vista de las ideas, la novedad ha sido para mí mucho menos relevante de lo que pueda parecer. No me corresponde establecer cuánta parte del pensamiento ajeno y cuánta del pensamiento mío haya nutrido la obra legislativa; sólo me parece lícito dar cuenta de que el

poner en su lugar los nuevos institutos dentro de los esquemas de mi sistema científico me ha parecido de una sorprendente facilidad. Puede ocurrir que se trate de una impresión falaz; pero es un hecho que me he encontrado dentro del nuevo código como en mi casa. Esto no quiere decir en absoluto que yo esté contento de él; si he confesado muchas veces que mis propios libros, apenas impresos, los querría rehacer, ¿qué deberé decir del código, al cual, si queremos servirnos una vez más del parangón con el mecanismo, le ha faltado la paciencia y la atención en aquella delicadísima fase, que podría llamarse el montaje? De todos modos, y puesto que no se trata del ajeno sino del trabajo mío, lo que quería decir es que la línea del código nuevo me resulta, sin comparación, más familiar que la del código pasado.

Por otra parte, a propósito del dato, quien ha leído la Metodología *sabe que los artículos del código no lo agotan en absoluto; lo que hace falta ver para conocer el proceso, no son las palabras impresas del legislador, sino lo que de ellas resultará hecho en la vida vivida; ahora bien, cuando el hecho está todavía por venir, ¿cómo se hace para verlo? La experiencia, en suma, es el fundamento de la ciencia; una verdad tan indiscutible como poco practicada en el mundo del derecho, en el que con frecuencia se pretende hacer ciencia por quien, no obstante toda su buena voluntad, no sólo no tiene experiencia sino que todavía no la puede tener; y para ganarme la tranquilidad de mi vida, debería batir palmas. Por mi parte, habiendo debido resolver, al llegar a un cierto punto del camino, también este problema, me doy muy bien cuenta de la dificultad de establecer la teoría de una ley no aplicada aún; se trata de hacer mover el proceso nuevo, a través de la imaginación, con la experiencia del antiguo. Esta observación tiene el significado de una reserva en torno a algunas conclusiones, que la aplicación práctica de la nueva ley podría inducir a modificar; no me parece probable que los principios deducidos de la larga experiencia precedente, en cuanto la nueva se desarrolle con medios adecuados, deban fracasar; pero ¡cuántas veces una máquina, no obstante el genial diseño y la cuidadosa construcción, reserva sorpresas!*

Así, tratando de hacer vivir con anticipación el nuevo proceso, espero haber conseguido algún resultado, que supere el nivel del Sistema *e incluso de la* Teoría general. *Quien conozca mis obras precedentes se dará cuenta desde las primeras páginas, en las que espero haber conseguido obtener una visión menos incompleta del aspecto funcional del proceso y así, entre otras cosas, colocando en su justo lugar el proceso voluntario y el proceso penal, he podido rectificar la teoría de la litis, cuya primera formulación reconozco excesiva; pero el exceso, en la historia de la ciencia, era quizá inevitable y, de todas maneras, ha ayudado a promover aquellas contradicciones, sin las cuales la verdad no se habría descubierto.*

Prescindiendo de este y de otros temas, respecto de los cuales el lector atento observará si se ha logrado sobrepasar, y en cuánto se ha logrado, las posiciones precedentes, el mejor fruto de la aumentada experiencia y de la reposada reflexión espero que consista en las ideas y en las fórmulas simplificadas. En verdad, la naturaleza es simple; no la complica otra cosa más que nuestra ignorancia; pero ¡cuánta fatiga para ver o aun sólo para entrever su simplicidad! Después de todo, ésta es la razón por la cual, como he advertido varias veces, las instituciones deben ser el último libro de un maestro; un punto de vista, también éste, que no debe ser compartido si la enseñanza institucional sirve a menudo de tirocinio a los principiantes.

Por lo demás, en torno a la idoneidad de estas Instituciones *para satisfacer las necesidades de la escuela, no estoy en absoluto tranquilo. El mal está en que he debido considerar no menos urgente el cometido de proporcionar un instrumento de trabajo a la práctica que a la escuela, cuyas exigencias no son las mismas. A los fines didácticos, habría sido más oportuno extraer del libro un* compendio *o, como se dice en alemán, un* Grundriss. *Pero he debido trabajar angustiado por el tiempo: en la Universidad, este año hemos comenzado a enseñar el derecho nuevo y no hay tiempo que perder en cuanto al texto; pero tampoco tienen tiempo que perder los prácticos si quieren saber manejar el nuevo código*

cuando dentro de poco hayan de hacerlo; si alguno se imagina que aprenderá la maniobra con la simple lectura, sus ilusiones resultarán amargamente disminuidas. La fatiga, a la cual me he sometido a fin de que este libro estuviese preparado casi al principio de la vacatio legis, *me ha parecido cumplimiento del mismo deber por el cual los estudiosos han tratado de preparar los medios teóricos de la reforma.*

Milán, abril de 1941.

ADVERTENCIA

Para guiar al lector, que tenga deseo de ello, en el estudio de la génesis de la nueva ley, nacida de la experiencia y de la teoría de la ley precedente, he indicado en nota algunos libros que les aconsejo consultar. Se indican solamente obras italianas de reconocido valor científico; la exclusión de obras extranjeras no tiene otra razón de ser sino que habiendo alcanzado plena madurez la ciencia jurídica, y en particular la ciencia procesal italiana, sus productos son suficientes para una primera información; la selección de las obras italianas se ha hecho, dentro de los límites de lo posible, con el propósito de despejar la pequeña biblioteca del alumno de libros de menor utilidad, porque no se proponen un fin científico, o porque no alcanzan un fin científico, o porque pertenecen a una fase científica superada.

Las notas están puestas, según la conveniencia, a aquellos títulos del texto cuyo objeto corresponde al argumento tratado en los libros citados; cuando uno de éstos es citado en nota a un título, que comprende otros menores, la cita no se repite para cada uno de éstos aun cuando respecto de ellos estén citados otros que particularmente hagan referencia a los mismos.

Los artículos de ley que no llevan indicación alguna, son los del código de procedimiento civil nuevo; la abreviatura disp. apl. *significa disposiciones de aplicación (del código de procedimiento civil).*

INDICE SUMARIO

Palabras del traductor VII
Prefacio a la cuarta edición XI
Prefacio a la tercera edición XVII
Prefacio a la primera edición XIX
Advertencia XXIII

Introducción 1

PRIMERA PARTE

DE LA FUNCION DEL PROCESO CIVIL

LIBRO PRIMERO

DE LOS FINES DEL PROCESO CIVIL

1. Derecho y proceso 21
2. Clasificación del proceso 23

TÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO CONTENCIOSO O DEL PROCESO VOLUNTARIO

3. Función represiva o preventiva del proceso 25

SUBTÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO CONTENCIOSO

4. Función represiva del proceso 27
5. Litis 27
6. Sujeto de la litis 29
7. Objeto de la litis 30
8. Pretensión 31
9. Resistencia a la pretensión 31
10. Razón de la pretensión 32
11. Razón de la contestación 34
12. Contrapretensión 35
13. Cuestión 36
14. Identidad de la litis 38

15. Conexión entre las litis 40
16. Litis colectiva 41
17. Proceso contencioso 43

SUBTÍTULO SEGUNDO
DEL PROCESO VOLUNTARIO

18. Función preventiva del proceso 44
19. Negocio 47
20. Sujeto del negocio 48
21. Objeto del negocio 49
22. Causa del negocio 49
23. Proceso voluntario 50
24. Proceso de estado 51

SUBTÍTULO TERCERO
DEL PROCESO PENAL

25. Proceso civil y proceso penal 54
26. Función del proceso penal 55
27. Estructura del proceso penal 58
28. Relaciones entre proceso penal y proceso civil 59

TÍTULO SEGUNDO
DEL PROCESO DE COGNICION O DE EJECUCION

29. Función cognitiva o ejecutiva del proceso 61

SUBTÍTULO PRIMERO
DEL PROCESO DE COGNICION

30. Cognición procesal 63
31. Proceso dispositivo 65
32. Proceso de declaración de certeza 68
33. Proceso de mera declaración de certeza 70
34. Proceso de declaración de certeza constitutiva 71
35. Proceso de condena 72

SUBTÍTULO SEGUNDO
DEL PROCESO DE EJECUCION

36. Ejecución procesal 75
37. Ejecución forzada 77
38. Dación forzada 78
39. Transformación forzada 80

SUBTÍTULO TERCERO

DEL PROCESO DE INYUNCION

40. Relación entre la jurisdicción y la ejecución forzada 82
41. Inyunción ejecutiva 83

TÍTULO TERCERO

DEL PROCESO DEFINITIVO O CAUTELAR

42. Función inmediata o mediata del proceso 85
43. Proceso definitivo 86
44. Proceso cautelar 86
45. Clasificación del proceso cautelar 87
46. Proceso posesorio 89
47. Clasificación del proceso posesorio 90

TÍTULO CUARTO

DEL PROCESO SINGULAR O DEL PROCESO COLECTIVO

48. Proceso singular 91
49. Proceso colectivo 92
50. Proceso intersindical 93

LIBRO SEGUNDO

DE LOS LIMITES DEL PROCESO CIVIL

51. Límites de la función procesal 95
52. Nacionalidad de las partes 97
a) Sede del extranjero en Italia 98
b) Situación en Italia del bien discutido 98
c) Acaecimiento en Italia, o en general referencia a Italia, del hecho jurídico a que se refiere la pretensión 99
d) Conexión con litis pendiente ante el oficio judicial italiano 99
e) Aceptación de la función procesal nacional por parte del extranjero que a ella está sujeto 99
f) Reciprocidad 100
53. Litis contra un estado extranjero 101
54. Litis de naturaleza política 102
55. Litis matrimoniales 104
56. Pendencia del proceso extranjero 105
57. Derogación voluntaria a la función procesal nacional 106
58. Litis deferidas al proceso por árbitros 107

LIBRO TERCERO

DE LOS EQUIVALENTES DEL PROCESO CIVIL

59. Equivalentes del proceso civil 109
60. Composición de la litis por obra de las partes 110
61. Conciliación 113

TÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO ANTE ARBITROS

62. Función del proceso ante árbitros 115
63. Compromiso y cláusula compromisoria 117
64. Límites del proceso arbitral 118
65. Arbitros 120
66. Contrato de arbitraje 121

TÍTULO SEGUNDO

DEL PROCESO EXTRANJERO

67. Eficacia del proceso extranjero 123
68. Eficacia de la sentencia extranjera 124
69. Declaración de certeza de la eficacia de la sentencia extranjera 126
70. Impugnación de la sentencia extranjera 127
71. Eficacia de la sentencia arbitral extranjera 128
72. Eficacia de providencias ejecutivas o cautelares extranjeras .. 129
73. Proceso voluntario extranjero 129

TÍTULO TERCERO

DEL PROCESO ECLESIASTICO

74. Eficacia del proceso eclesiástico 131
75. Declaración de certeza de la eficacia de la sentencia de nulidad del matrimonio 132

LIBRO CUARTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO

76. División 133

TÍTULO PRIMERO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO DE COGNICION

77. Juicio 135
78. Cosa juzgada 136
79. Eficacia material de la cosa juzgada 137
80. Eficacia procesal de la cosa juzgada 141
81. Constitución de la cosa juzgada material 144
82. Extinción de la cosa juzgada material 145

TÍTULO SEGUNDO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO EJECUTIVO

83. Restitución forzada 147
84. Eficacia material de la restitución forzada 148
85. Eficacia procesal de la restitución forzada 150

TÍTULO TERCERO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO DE INYUNCION

86. Inyunción ejecutiva 153
87. Eficacia material de la inyunción ejecutiva 154
88. Eficacia procesal de la inyunción ejecutiva 155
89. Inyunción de desalojo 155

TÍTULO CUARTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO CAUTELAR

90. Cautela judicial 157
91. Eficacia material de la cautela judicial 158
92. Eficacia procesal de la cautela judicial 158

TÍTULO QUINTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO VOLUNTARIO

93. Medida procesal voluntaria 161
94. Eficacia material de la medida voluntaria 161
95. Eficacia procesal de la medida voluntaria 162

TÍTULO SEXTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO PENAL

96. Eficacia penal de la cosa juzgada 163
97. Eficacia civil de la cosa juzgada penal 163

PARTE SEGUNDA

DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO

98. Programa 169

LIBRO PRIMERO

DE LA ESTATICA PROCESAL

99. División de la estática procesal 171

TÍTULO PRIMERO

DE LOS ELEMENTOS DEL PROCESO

100. Clasificación de los elementos del proceso 173

SUBTÍTULO PRIMERO
DE LAS PARTES Y DE LOS DEFENSORES

CAPÍTULO PRIMERO. — **De las partes** 174
101. Parte en sentido procesal 174
102. Parte directa o indirecta 175
103. Representación procesal 175
104. Sustitución procesal 176
105. Parte principal o accesoria 178
106. Parte simple y parte compleja 181
107. Contradictorio 184
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De los defensores** 186
108. Patrocinio 186
109. Consulta técnica 188
110. Carga del patrocinio 188
111. Elección del defensor 189
112. Nombramiento del defensor 191
113. Poderes del defensor 192

SUBTÍTULO SEGUNDO
DEL OFICIO JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO. — **De la constitución del oficio** 194
114. Noción del oficio judicial 194
115. Sistema de los oficios judiciales 195
116. División del oficio judicial 196
117. Composición del oficio judicial 198
118. Oficiales del proceso 199
119. Colegio judicial 201
120. Encargados judiciales 202
121. Abstención y recusación del oficial o del encargado judicial .. 205
122. Límites subjetivos de la abstención y de la recusación 206
123. Límites objetivos de la abstención y de la recusación 207
124. Exoneración del oficial o del encargado 208
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De la competencia** 208
125. Noción de la competencia 208
SECCIÓN I. — *De la competencia externa* 210
126. Competencia jerárquica o competencia territorial 210
127. Competencia principal o secundaria 211
128. Competencia (jerárquica) funcional o material 211
129. Competencia (material) por razón de la cualidad o por razón del valor 212
130. Determinación de la competencia jerárquica 212
131. Competencia funcional en el proceso (contencioso) de cognición 213
132. Determinación de la competencia material en el proceso (contencioso) de cognición 214
133. Competencia por razón de la cualidad (por razón de la materia) en el proceso (contencioso) de cognición 215
134. Competencia por razón del valor en el proceso (contencioso) de cognición 217
135. Competencia jerárquica en el proceso ejecutivo 220
136. Competencia jerárquica en el proceso de inyunción 221

137. Competencia jerárquica en el proceso cautelar 222
138. Competencia jerárquica en el proceso voluntario 223
139. Determinación de competencia territorial 225
140. Competencia territorial en el proceso de cognición 227
141. Competencia territorial en el proceso de ejecución 232
142. Competencia territorial en el proceso de inyunción 232
143. Competencia territorial en el proceso cautelar 233
144. Competencia territorial en el proceso voluntario 234
145. Competencia territorial por delegación 235
146. Modificación de la competencia (competencia secundaria) ... 235
147. Modificación de la competencia por litispendencia 236
148. Modificación de la competencia por conexión 238
149. Derogación a la competencia por conexión 239
150. Prórroga de la competencia por conexión 240
151. Prórroga de la competencia territorial por conexión 241
152. Prórroga de la competencia jerárquica por conexión 241
153. Prórroga de la competencia por accesoriedad 243
154. Prórroga de la competencia por garantía 245
155. Prórroga de la competencia por prejudicialidad 246
156. Prórroga de la competencia por reconvencionalidad 249
157. Prórroga de la competencia por litisconsorcio necesario 250
158. Modificación de la competencia por elección 251
Sección II. — *De la competencia interna* 253
159. Competencia interna 253
160. Competencia de la sección 254
161. Competencia funcional de los oficiales o de los encargados ... 254
162. Competencia material de los oficiales o de los encargados 256

Subtítulo tercero

DE LAS PRUEBAS

163. Noción de las pruebas 257
164. Pruebas o títulos 258
Capítulo primero. — **De las pruebas (en sentido estricto)** 259
165. Clasificación de las pruebas según la función 259
166. Clasificación de las pruebas según la estructura 260
167. Clasificación de las pruebas según la proveniencia 261
168. Clasificación de las pruebas según la inspección 262
169. Clasificación de las pruebas según la recepción 262
170. Clasificación de las pruebas según la valoración 263
171. Concurso de las pruebas 264
Capítulo segundo. — **De los títulos** 264
Sección I. — *De los títulos ejecutivos* 264
172. Función del título ejecutivo 264
173. Estructura del título ejecutivo 266
174. Clasificación de los títulos ejecutivos 267
175. Contenido del título ejecutivo 269
176. Modo del título ejecutivo 272
177. Eficacia del título ejecutivo 273
Sección II. — *De los títulos de inyunción* 274
178. Función del título inyuntivo 274
179. Estructura del título inyuntivo 276
180. Clasificación de los títulos inyuntivos 277
181. Contenido del título inyuntivo 278
182. Modo del título inyuntivo 280

SUBTÍTULO CUARTO
DE LOS BIENES

183. **Bienes** 284
184. **Bienes personales o reales** 284
185. **Bienes muebles o inmuebles** 285
186. **Pignorabilidad** 285

TÍTULO SEGUNDO
DE LAS RELACIONES JURIDICAS PROCESALES

187. Relación jurídica procesal 289

SUBTÍTULO PRIMERO
DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LOS COMPONENTES DEL OFICIO

188. Relaciones jurídicas concernientes al oficio 292
189. División 293
CAPÍTULO PRIMERO. — **De los poderes y de los deberes del juez y de sus auxiliares** 293
SECCIÓN I. — *De las potestades* 293
190. Potestades del juez 293
191. Potestad discrecional o potestad vinculada 294
192. Potestades de los oficiales inferiores o de los encargados 297
SECCIÓN II. — *De las obligaciones* 298
193. Obligaciones de los oficiales del proceso 298
194. Obligaciones de los encargados judiciales 302
SECCIÓN III. — *De los derechos subjetivos* 303
195. Derechos subjetivos de los oficiales del proceso 303
196. Derechos subjetivos de los encargados judiciales 304
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De los poderes y de los deberes del ministerio público** 305
197. Relaciones jurídicas del ministerio público 305
SECCIÓN I. — *De los derechos subjetivos* 306
198. Acción principal del ministerio público 306
199. Acción del ministerio público en materia de impugnación 307
200. Acción accesoria (intervención) del ministerio público 307
SECCIÓN II. — *De las obligaciones* 310
201. Obligaciones del ministerio público 310
202. Responsabilidad del ministerio público 311

SUBTÍTULO SEGUNDO
DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LAS PARTES Y DE LOS DEFENSORES

CAPÍTULO PRIMERO. — **De los poderes y de los deberes de las partes** . 312
203. Relaciones jurídicas de las partes 312

204. Relaciones jurídicas activas 314
205. Relaciones jurídicas pasivas 314
SECCIÓN I. — *De los derechos subjetivos* 315
206. Acción de las partes 315
207. Clasificación de las acciones 318
208. Acción cognitiva 319
209. Acción cognitiva principal o accesoria 320
210. Acción cognitiva ordinaria o privilegiada 321
211. Acción ejecutiva 321
212. Acción de expropiación 322
213. Acción ejecutiva principal o accesoria 324
214. Acción ejecutiva ordinaria o privilegiada 325
215. Acción cautelar 327
216. Acción posesoria 327
217. Acción voluntaria 328
SECCIÓN II. — *De las potestades* 329
218. Potestades procesales de las partes 329
SECCIÓN III. — *De las facultades* 330
219. Facultades procesales de las partes 330
SECCIÓN IV. — *De las cargas* 331
220. Carga procesal 331
221. Clasificación de las cargas procesales 332
222. Carga de impulso inicial 333
223. Carga de impulso subsiguiente 335
224. Carga de información 336
225. Carga de prueba 344
226. Carga de exhibición 348
227. Cargas financieras 349
228. Carga de las costas 350
229. Exoneración del anticipo de los gastos 352
230. Carga de la caución 354
SECCIÓN V. — *De las obligaciones* 356
231. Obligaciones procesales de las partes 356
232. Clasificación de las obligaciones procesales de las partes 356
233. Obligaciones relativas al impulso procesal 356
234. Obligaciones relativas a la información procesal 357
235. Obligaciones relativas a la prueba 358
236. Obligaciones relativas al costo del proceso 359
237. Obligaciones de reembolso de las costas 360
238. Sujeto de la obligación de reembolso 362
239. Sujeto del derecho de reembolso 363
240. Obligación de resarcimiento del daño 364
241. Multa del vencimiento 365
242. Condena al reembolso de las costas, al resarcimiento del daño o al pago de la multa 366
SECCIÓN VI. — *De las sujeciones* 368
243. Sujeciones procesales de las partes 368
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De los poderes y de los deberes de los defensores** 369
244. Relaciones jurídicas procesales del defensor 369
245. Facultades del defensor 370
246. Derecho subjetivo del defensor 371
247. Obligaciones del defensor 372
248. Responsabilidades del defensor 372

SUBTÍTULO TERCERO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LOS TERCEROS

249. Relaciones procesales de los terceros 374
CAPÍTULO PRIMERO. — **De los poderes y deberes de los terceros en el proceso de cognición** 375
250. Clasificación de los deberes de los terceros en el proceso de cognición 375
251. Obligación de información 375
252. Obligación relativa a la inspección personal o real 377
253. Obligación de información acerca de actos de la administración pública 377
254. Derechos subjetivos de los terceros 378
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De los poderes y deberes de los terceros en el proceso de ejecución** 379
255. Deberes de información o de custodia 379
256. Sujeción de terceros al proceso de expropiación 380
257. Facultades de los terceros aspirantes a la adquisición de los bienes embargados 382

TÍTULO TERCERO

DE LA CONTINENCIA DEL PROCESO

258. Continencia del proceso 385

SUBTÍTULO PRIMERO

DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE LITIS O DE NEGOCIOS RESPECTO DEL PROCESO

259. Proceso acumulativo 387
CAPÍTULO PRIMERO. — **Del proceso acumulativo de cognición** 389
260. Acumulación necesaria 389
261. Litisconsorcio facultativo inicial 394
262. Litisconsorcio facultativo sucesivo 396
263. Acumulación objetiva 399
264. Reunión de los procesos 400
265. Acumulación prohibida 401
266. Simplificación del proceso 402
CAPÍTULO SEGUNDO. — **Del proceso acumulativo de ejecución** 404
267. Función de la acumulación en la ejecución forzada 404
268. Proceso acumulativo inicial 405
269. Reunión de procesos ejecutivos 406
270. Intervención necesaria 406
271. Intervención facultativa 408

SUBTÍTULO SEGUNDO

DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE PROCESOS REPECTO DE LA LITIS

272. Unidad de proceso 409
CAPÍTULO PRIMERO. — **De la pluralidad de procesos de cognición** 410
273. Proceso integral o parcial 410
274. Litispendencia 411
275. Reunión de procesos relativos a la misma litis 414
276. Relaciones entre el proceso definitivo y el proceso cautelar 415
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De la pluralidad de procesos de ejecución** 416
277. Acumulación de procesos de expropiación respecto de la misma litis 416
278. Sucesión de procesos de expropiación respecto de la misma litis 417

LIBRO SEGUNDO

DE LA DINAMICA PROCESAL

279. Acto y procedimiento 419
280. División 421

TÍTULO PRIMERO

DE LOS ACTOS DEL PROCESO

281. Hechos procesales 423
282. Actos procesales 424
283. División 426

SUBTÍTULO PRIMERO

DE LA CLASIFICACION DE LOS HECHOS Y DE LOS ACTOS PROCESALES

284. Clasificación extraprocesal o procesal 427
CAPÍTULO PRIMERO. — **De la clasificación extraprocesal de los hechos y de los actos procesales** 427
285. Criterios de la clasificación 427
286. Hechos procesales constitutivos, extintivos o modificativos ... 428
287. Hechos procesales temporales, espaciales o formales 429
288. Actos procesales transitivos o intransitivos 430
289. Actos procesales facultativos o imperativos 431
290. Providencias o negocios jurídicos procesales 432
291. Actos procesales (imperativos) discrecionales o vinculados .. 432
292. Actos procesales lícitos o ilícitos 433
293. Actos procesales necesarios o debidos 433
294. Operaciones, declaraciones, inspecciones procesales 434
295. Actos procesales simples o complejos 434

296. Actos procesales acumulativos 435
297. Actos procesales concursales 435
298. Actos procesales continuados 436
299. Actos procesales compuestos 437
CAPÍTULO SEGUNDO. — **De la clasificación procesal de los actos procesales** 438
300. Tipos fundamentales 438
301. Instancia 439
302. Disposición 440
303. Orden 441
304. Información 443
305. Exhibición 445
306. Aprehensión 446
307. Inspección 447
308. Administración 448
309. Documentación 449
310. Notificación 451
311. Inyunción 452
312. Transformación 454

SUBTÍTULO SEGUNDO

DE LA REGULACION DE LOS ACTOS PROCESALES

313. Conveniencia, justicia y legalidad del acto 456
314. Requisitos, vicios y remedios del acto 456
CAPÍTULO PRIMERO. — **De los requisitos de los actos procesales** 457
315. Clasificación de los requisitos 457
316. Programa 458
SECCIÓN I. — *De la capacidad de los actos procesales* 458
317. Capacidad del acto 458
318. Capacidad de los actos de parte 459
319. Capacidad de los actos de los oficiales, de los encargados, de los defensores 461
320. Capacidad de los actos de los terceros 462
SECCIÓN II. — *De la idoneidad del objeto de los actos procesales* 463
321. Idoneidad del objeto del acto 463
SECCIÓN III. — *De la legitimación para los actos procesales* 465
322. Legitimación para el acto 465
323. Legitimación para los actos de parte 465
324. Legitimación para los actos del defensor 467
325. Legitimación para los actos del oficio judicial 468
326. Legitimación para los actos de los terceros 469
SECCIÓN IV. — *De la forma de los actos procesales* 471
327. Regulación formal del acto 471
328. Regulación del contenido 472
329. Libertad de forma 473
330. Regulación legal del modo 474
331. Modo subjetivo 474
332. Modo objetivo 477
333. Regulacin formal genérica específica 477
§ 1. DE LA FORMA DE LAS DECLARACIONES PROCESALES 479
334. Regulación formal de la declaración 479
335. Lengua de las declaraciones procesales 480
336. Forma de las declaraciones de parte 481

337. Forma de los acuerdos entre las partes 485
338. Forma de las providencias del juez 486
339. Sentencia 488
340. Ordenanza 489
341. Decreto 490
342. Empleo de la sentencia, de la ordenanza o del decreto 491
343. Forma de las providencias colegiales 493
§ 2. De las formas de las operaciones procesales 497
344. Regulación formal de las operaciones procesales 497
345. Forma de la documentación 498
346. Forma de la comunicación 501
347. Forma de la notificación 502
348. Forma de la administración 508
Sección V. — *De la intención de los actos procesales* 510
349. Intención del acto procesal 510
Sección VI. — *De la causa de los actos procesales* 513
350. Causa del acto procesal 513
351. Interés en obrar 515
Sección VII. — *Del lugar de los actos procesales* 518
352. Sede local del acto 518
353. Circunscripción local de los actos 518
354. Ambiente de los actos 519
Sección VIII. — *Del tiempo de los actos procesales* 520
355. Sede temporal del acto 520
356. Circunscripción temporal de los actos procesales 521
357. Distancia temporal de los actos procesales; términos 522
358. Orden de los actos procesales 525
Sección IX. — *De la condición de los actos procesales* 525
359. Condición del acto 525
Capítulo segundo. — **De los vicios de los actos procesales** 528
360. Perfección e imperfección, eficacia e ineficacia del acto 528
361. Irregularidad, inadmisibilidad, nulidad del acto 529
362. Extensión de la nulidad 533
363. Nulidad absoluta del acto 535
364. Decadencia 537
Capítulo tercero. — **De los remedios de los actos procesales** 538
365. Clasificación de los remedios 538
Sección I. — *De la rectificación de los actos procesales* 539
366. Rectificación del acto 539
367. Límites de la rectificación 539
368. Eficacia de la rectificación 540
369. Rectificación de los actos de parte 540
370. Rectificación de los actos de oficio 541
371. Corrección de las sentencias 542
372. Providencia de corrección 544
373. Corrección de las ordenanzas y de los decretos 545
Sección II. — *De la convalidación de los actos procesales* 546
374. Convalidación del acto 546
375. Invalidación del acto 548
Sección III. — *De la impugnación de los actos procesales* 549
376. Revocación o modificación de los actos procesales 549
377. Rescisión de los actos procesales 553
378. Impugnación de los actos procesales 554
379. Absorción de la invalidación en la impugnación 555
380. Dependencia de la impugnación respecto de la nulidad 557

INTRODUCCION

I. — Objeto del conocimiento que este libro trata de procurar, es el aspecto de la realidad que se denomina el *nuevo proceso civil italiano*. Tal aspecto se define según el modo, el tiempo y el lugar: el elemento modal se expresa en la fórmula mediante las palabras *proceso civil*; el elemento local, por medio de la palabra *italiano*, y el elemento temporal mediante la palabra *nuevo*.

II. — El proceso civil es una serie de hechos, o más bien de actos: unos hombres, que se llaman *partes* y *defensores*, piden algo a otros, que se llaman *jueces*; para hacer lo que a ellos se les pide, los jueces escuchan, observan, razonan, administran, condenan.

El proceso civil, por tanto, es, no sólo un sector de la *realidad*, sino también de la *actividad*, entendida como realidad determinada por la *acción* (humana).

III. — La realidad se desarrolla según leyes que se denominan *leyes de la naturaleza*, se muestran a través de la *experiencia*, y se conocen por medio de la *ciencia*. Una de tales leyes, por ejemplo, es la de la rotación de la tierra alrededor del sol.

La parte de la realidad que es la actividad, parece a quien la observa superficialmente desvinculada de leyes, es decir, libre, como determinada que está por la acción. En verdad no es así. Comprender cómo no es así, y cómo se concilia la *libertad del hombre* con las *leyes de la naturaleza*, es uno de los cometidos más altos, si no el más elevado, del pensamiento. Cada uno de nosotros es libre en el sentido de que puede realizar un acto contra la ley, en vez de hacerlo de acuerdo con ella; puede elegir, por tanto, entre la obe-

diencia y la desobediencia a la ley; lo que él no puede, es evitar las consecuencias de haber desobedecido; por eso la *libertad* es frenada por la *responsabilidad*. De este modo, la libertad del hombre no está en contraste con las leyes de la naturaleza, sino que se encuentra dentro de ellas, constituyendo el medio supremo del desenvolvimiento y perfeccionamiento del mundo; sólo en cuanto el hombre, para obrar, busca sus fines y los medios para conseguirlos, se desenvuelve el universo en la historia según el plan divino.

IV. — Las leyes que rigen la actividad y pueden ser obedecidas y desobedecidas por nosotros, determinan los fines que hay que conseguir y los medios para conseguirlos; son, pues, leyes *éticas* o leyes *técnicas*.

La conformidad del acto con las leyes éticas, es su *justicia*. La conformidad del acto con las leyes técnicas, es su *conveniencia*.

V. — No es fácil descubrir ni las leyes técnicas ni las leyes éticas; la dificultad resulta evidente si se considera que ése es el cometido de la *ciencia*. Entre los hombres, se dedican a ella los mejores, casi siempre porque están movidos por el deseo de conocer, y encuentran en el conocimiento el placer supremo.

Al principio de su camino van en busca solamente de las leyes técnicas; más tarde advierten que de ese modo no consiguen más que una cierta altura, y que el camino continúa subiendo para descubrir leyes morales; cuando el hombre ha descubierto, por ejemplo, la ley de la gravedad, ello tiene mucho menos valor que cuando ha llegado a comprender que quien hace el bien tendrá el bien, y viceversa.

El inmenso beneficio que tales descubridores hacen a la humanidad, está en poner en evidencia las leyes que a la mayoría de los hombres continuarían ocultas.

VI. — Pero aun cuando las conozcan, a los hombres, en general, no les es fácil seguir las leyes técnicas, y menos aún las leyes morales. La vista de ellos es corta, y no pueden ver, y de ordinario no ven lo que deberían para saber elegir entre la obediencia y la desobediencia.

A un niño el padre tiene que predicarle la necesidad del

estudio, porque él no puede comprenderla por sí mismo; para comprenderla es necesario ver a distancia, y el niño no consigue hacerlo.

Menos fácil de comprender todavía es que quien no hace el bien no tendrá el bien; para hacerse cargo de ello, hay que llegar a fijar la mirada más allá de los confines de la vida.

Pero tampoco basta el descubrimiento y la predicación de las leyes técnicas y de las leyes éticas para procurar la obediencia a ellas; la verdad es que tanto las unas como las otras imponen a los hombres sacrificios próximos para conseguir beneficios lejanos, y tales consejos no son agradables de seguir.

VII. — Es necesario, pues, recorrer las distancias entre la obediencia o la desobediencia y sus consecuencias naturales, que son el *premio* y el *castigo*, anticipando tanto en uno como en otro al que sería su vencimiento según el orden de la naturaleza.

De ahí que, no sólo la ciencia va al descubrimiento de las leyes técnicas y de las leyes éticas, sino que algunos otros de los hombres asumen la tarea de facilitar su obediencia mediante la determinación de ciertas *consecuencias artificiales de su observancia o violación*, que se llaman las *sanciones*.

VIII. — Esta es la naturaleza del *derecho*, que no consiste, por una parte, más que en la *formulación de preceptos* que corresponden o deberían corresponder a las leyes técnicas o éticas descubiertas por la ciencia, y por otra, en la imposición de *sanciones* para la hipótesis de su observancia o inobservancia. Si los preceptos no corresponden a las leyes, el derecho no es *justo*; si las sanciones no son adecuadas (por exceso o por defecto), el derecho no es *conveniente* (idóneo al fin).

El derecho no es otra cosa que un dispositivo ingeniado por los hombres para procurar el conocimiento y la observancia de las leyes naturales. Como tal, el derecho forma parte de la realidad, y tan real es el legislador que traduce en *leyes positivas* las *leyes de la naturaleza*, como el mecánico que construye una máquina o el albañil que levanta un edificio.

IX. — También la actividad que se resuelve en la formación del derecho, tiene sus leyes técnicas y sus leyes éticas; también estas leyes son descubiertas por los hombres de ciencia e impuestas por otros hombres que se denominan legisladores. De este modo, el derecho gobierna su propia formación, y esto constituye una especie de misterio, que sólo se explica admitiendo que también el derecho tiene su vida.

Entre los modos de la formación del derecho, está el llamado *proceso* (*infra,* ns. 1 y sigtes.); de ahí que también el proceso descubra a la ciencia sus leyes técnicas y morales y, sin embargo, ellas constituyen el contenido de preceptos y el objeto de sanciones.

Así, el derecho *objetivo,* es decir, el conjunto de todos los preceptos y de todas las sanciones, tiene un sector que se denomina *derecho procesal*; éste es el conjunto de los preceptos impuestos mediante las sanciones a fin de conseguir que la actividad procesal se despliegue según las leyes técnicas y las leyes éticas.

El proceso en general, y el proceso civil en especial, como actividades de las partes, de defensores, de jueces, es así, a su vez, objeto de una actividad de los hombres de ciencia que descubren en él las *leyes naturales,* y de los legisladores, que al formular sus preceptos y disponer sus sanciones, hacen que vengan a ser *leyes positivas.*

X. — Para saber cómo se hace el proceso civil, lo primero que hay que conocer, son, pues, las leyes positivas, según las cuales debe hacérselo. No todas, pero sí la mayor parte de esas leyes, están reunidas en un *conjunto ordenado,* que se denomina *Código de procedimiento civil.*

El estudio del proceso civil se desarrolla, pues, aunque no se agote, en el estudio de las *leyes procesales civiles,* y en particular del *Código de procedimiento civil,* no porque el proceso y el código sean una misma cosa, sino porque *hay que conocer el código para saber cómo se tiene que obrar en el proceso*; en otras palabras, que el primero y el más importante capítulo del estudio del proceso, es el estudio del derecho procesal.

XI. — Si también el Código de procedimientos es un sector de la realidad, su estudio aislado es una violencia a la realidad. Desgraciadamente, la limitación de nuestro entendimiento hace indispensables tales violencias, las cuales se pueden parangonar con el acto del fisiólogo que mata al animal sometido a experimento, a fin de poder escrutar las leyes que rigen su vida.

La violencia se lleva a cabo *seccionando la realidad*, esto es, separando lo que denominamos el *derecho procesal civil* del resto de la realidad jurídica, que está indisolublemente conexo a él.

XII. — La separación ocurre, en primer lugar, en cuanto a la *forma*. El derecho procesal civil es, no tanto una fracción, cuanto un aspecto de la *realidad jurídica entera*, es decir, del *derecho entero* (objetivo). En esa separación, por necesaria que sea, una parte de su realidad se pierde, esto es, queda oculta al observador. Ello quiere decir que el derecho procesal civil no se conoce enteramente por quien no conoce también los otros sectores del derecho.

El alumno hará a cada paso experiencia de esta verdad. Por una parte, el estudio del derecho procesal civil exige parangones continuos con las otras ramas del derecho procesal, y en particular con el penal y el administrativo; por otra parte, implica remisiones continuas al derecho material o sustancial, civil o penal, público o privado.

Contra los peligros del aislamiento, se defenderá el alumno reflexionando que lo que constituye el objeto inmediato del estudio expuesto en este libro, es un trozo de realidad jurídica, artificialmente separado del resto, a fin de poderlo observar mejor, según las necesidades de su imperfección y de la mía [1].

XIII. — La separación ocurre, en segundo lugar, en cuanto al *lugar*, pues lo que aquí se estudia, no es el derecho procesal en general, sino el *derecho procesal italiano*; tampoco

[1] El reactivo contra el peligro indicado en el texto, consiste sobre todo en la conciencia de la *unidad del derecho*, cuyo reflejo metodológico, es el principio de la *comparación interna*; cfr. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, Cedam, 1939, pág. 67.

éste es menos antinatural que el otro procedimiento en virtud del cual el derecho procesal se separa del derecho no procesal, ya que *in rerum natura*, no tanto el derecho italiano coexiste con los llamados derechos extranjeros, cuanto lo que existe es no sólo cada uno de los ordenamientos jurídicos al lado de los otros, sino cada uno de ellos en tales relaciones con cada uno de los otros, que su verdad no es conocida si no se conocen todos ellos, y el deber de conocer solamente alguno implica no poderlo conocer plenamente.

Desde este punto de vista se comprende por qué la comparación de los ordenamientos jurídicos localmente diferenciados, a la cual suele dársele el nombre de *derecho comparado*, es no sólo útil, sino también necesaria, para quien quiera hacer menos imperfecto el conocimiento del derecho en general, y en particular del derecho procesal; pero es también una necesidad impuesta por la limitación de nuestros medios y por la división del trabajo, que por lo menos en un primer período, y por tanto, en cuanto al alumno, en una exposición institucional, hay que renunciar a la ampliación del campo de observación (2).

Entre los varios ordenamientos jurídicos coexistentes en el espacio, es obvio que algunos interesen más y otros menos a quien estudia el ordenamiento italiano, según la mayor o menor intensidad de las relaciones entre éste y el ordenamiento extranjero, es decir, en último análisis, según la mayor o menor proximidad; por eso, quien quiera obtener los beneficios de la más amplia observación, se dirigirá con preferencia a los derechos vigentes en Europa, y entre ellos a los de los Estados europeos, a los que corresponde, en el desenvolvimiento del derecho, una posición de primer plano, como son Francia y España, Alemania e Inglaterra.

XIV. — Bajo este aspecto, no hay que olvidar que pertenecen a la realidad, no sólo la legislación y sus productos, códigos o leyes, sino también la ciencia del derecho y del proceso y, por tanto, la ampliación de la visión no puede conseguirse sólo incluyendo, en la medida de lo posible, en la

(2) CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, pág. 40.

masa de los datos más interesantes de los ordenamientos jurídicos extranjeros, sino también los más importantes de los productos de la ciencia que se ha formado en torno a ellos; y también bajo este aspecto hay que tomar en cuenta la posición de los diversos países, entre los cuales, como ocurre respecto de las riquezas naturales o manufacturadas, también respecto de la ciencia del derecho algunos son más o menos afortunados que otros y, por tanto, algunos pueden exportarla y otros tienen que limitarse al consumo de los productos ajenos.

Durante largo tiempo, después de su unificación política y legislativa, Italia consumió más que produjo en cuestión de ciencia del derecho, de la cual se proveyó preferentemente en el mercado francés; esta orientación estaba ciertamente facilitada por la afinidad entre los dos pueblos, particularmente en cuanto a la lengua, pero se había hecho también posible por una verdadera riqueza de la producción científica francesa, que según el nivel consentido por los tiempos, correspondía en el campo del derecho al esplendor político de la época dominada por Napoleón (3). Pero justamente a comienzos del siglo XIX, o poco después, alboreaba aquel despertar del pensamiento alemán que llegó en la segunda mitad de él también, y especialmente, en la ciencia del derecho, a posiciones de predominio. El contacto de Italia con Alemania, por muchas razones, que culminaron en la dificultad de la lengua, era menos fácil, pero no podía menos de ocurrir; eran necesarios para conseguirlo hombres cultos, pensadores y austeros, como fue, por suerte para la ciencia del derecho procesal en Italia, GIUSEPPE CHIOVENDA, el cual llegó a determinar un cambio de ruta, orientando hacia Alemania el pensamiento italiano (4). Ahora bien, ciertamente, la relación entre los dos países, en lo que concierne a la ciencia del

(3) Noticias acerca de la ciencia francesa del proceso, en CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1935, pág. 139.

(4) Noticias acerca de la ciencia alemana del proceso, en CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 140 y *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1930, pág. 181.

derecho y en particular del derecho procesal, ha cambiado y esto es lo primero que los italianos tienen que saber; pero tampoco deben creer que la producción científica alemana del siglo XIX haya agotado su vitalidad; si, entre tantas otras, las obras de WACH, de HELLWIG, de RICHARD SCHMIDT, no serán para ellos lo que en otros tiempos fueron para nosotros, los viejos, encontrarán, sin embargo, en ellas, enseñanzas y ejemplos de altísimo valor.

Pero gracias a Dios ya, hacia fines del siglo pasado, la ciencia italiana del derecho, y en particular del proceso, que desde antes de la unificación, había trabajado dignamente sobre el Código sardo con el *Commentario* de MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA y con la *Sposizione compendiosa* de PESCATORE, pudo reanudar lentamente su vuelo en torno al código de 1865 (5). Ya el *Trattato di diritto giudiziario civile* de LUIGI MATTIROLO, aunque construido sobre el viejo modelo francés, mostraba un carácter que no era ya el de la modesta exégesis. Un admirable paso de avance dimos poco después con el *Commentario* de LUDOVICO MORTARA, obra de diseño desigual y de no claro método, pero dominada por una intuición poderosa y por ello decididamente orientada hacia nuevas metas sobre el tema de la función procesal. CHIOVENDA, por haber dado al movimiento el tesoro de su cultura, el rigor de su disciplina, la nobleza de su carácter, dio la aportación decisiva a la fundación de una escuela italiana. Desde entonces, trabajando con método y con fe, hemos conquistado posiciones de primer plano (6). Por el profundo amor que consiguió para mi ciencia y para mi país, permítaseme narrar que desde el año 1928, en Viena, hablando ante la asamblea de los maestros alemanes del derecho procesal, pude declarar que la joven Italia comenzaba a sentirse en condiciones de restituir a Alemania los beneficios que de ella había recibido; tales declaraciones, a las cuales asistía y asentía PIERO CALAMANDREI, encontraron en el presidente MENDELSSOHN

(5) Noticias en CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 135.

(6) Las obras italianas más significativas de derecho se indicarán en nota, a lo largo del libro.

BARTHOLDY noble y pleno reconocimiento. Más tarde y varias veces WILHELM KISCH, uno de los epígonos de la gran escuela jurídica alemana, ha repetido en Munich este gesto caballeresco y veraz. No es fácil ni sería oportuno hacer aquí un balance comparativo de los resultados conseguidos en los últimos años por la ciencia procesal de las dos grandes naciones, pero es un deber para un viejo y apasionado cultivador de esta ciencia, como yo lo soy, advertir a los italianos que, en la peor de las hipótesis, no se encuentran ya en posición de inferioridad ante nadie.

Después del esfuerzo gigantesco realizado en el siglo XIX, la ciencia alemana, sin haber decaído, parece descansar (7). Poco interés tiene, por otra parte, para nosotros la moderna ciencia francesa; algún que otro signo de recuperación, que se había anunciado hace pocos años, no ha dado hasta ahora ningún fruto notable (8). En cambio, no obstante las diferencias profundas, deben alentarse y considerarse fecundos, aunque menos fáciles, los contactos con el mundo jurídico y judicial anglosajón, inglés y norteamericano (9). Otros países, a la cabeza de los cuales está España (10), nos interesan

(7) Entre las obras generales más modernas del periodo anterior a la primera guerra mundial, son notables las de GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, Julius Springer, 1932, y ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, cuya última edición es de C. H. Beck, München-Berlin, 1954; entre las obras generales posteriores, SCHÖNKE, *Zivilprozessrech*, 6ª ed., Karlsruhe, Müller, 1949; DE BOOR, *Rechtstreit einschliesslich Zwvangsprozessordnung*, Berlin, Dunnhaupt, 1940; *Nikisch, Zivilprozessrecht*, Tubingen, J. C. B. Moor, 1950. En general sobre el movimiento científico actual en Alemania, cfr. las *Rassegne*, de CALAMANDREI, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1938, pág. 130, y 1940, pág. 293.

(8) La mejor obra general francesa moderna, es todavia la de MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1938.

(9) Noticias en CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 143, y sobre el movimiento más moderno, en *Rassegna* de DE ROSSI, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 178, y de MILLAR, *ibi*, 1940, I, pág. 41. Estudios de derecho procesal anglosajón, han sido llevados a cabo últimamente por CROCIONI, *Fase preliminare e dibatimento nel processo civile inglese*, Padova, Cedam, 1939; por DE ROSSI, *Il contempt of Court e la specific performance nel diritto inglese*, Roma, Ferri, 1934; por SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1954 y *Principali caratteri del processo civile negli Stati Uniti d'America*, en *Riv. di dir. proc.*, 1953, I, 199.

(10) La ciencia jurídica española ha comenzado en los últimos años a

sobre todo por la seria atención con que siguen nuestro trabajo; no sería difícil para Italia venir a ser respecto de ellos lo que han sido primero Francia y después Alemania para nosotros, si el problema de la exportación de la ciencia del derecho se encarase decididamente.

XV. — Reflexiones análogas a las recientemente hechas acerca de la necesidad y del daño del aislamiento local del tema, tal cual se indica con la fórmula del "proceso civil *italiano*", deben hacerse en cuanto a su aislamiento temporal, expresado, en las ediciones anteriores de este libro, con la fórmula de "*nuevo*" proceso civil: tan antinatural es cortar las vinculaciones entre el derecho nacional y el derecho extranjero, como las existentes entre el derecho moderno y el derecho antiguo; aquí está la comparación de los ordenamientos en el tiempo que se suele indicar como *historia del derecho*, que debería integrar el estudio del derecho; pero el potencial (*debería*) está usado para reconocer la triste necesidad en que el estudioso, y más todavía el docente, se encuentra, sobre todo para una exposición institucional, de limitar su campo de trabajo.

El remedio contra el peligro, y no sólo contra el daño, que se sigue de esta limitación, no puede ser más que el de aconsejar a los alumnos, dentro de lo posible, que reaccionen por sí mismos contra ella mediante una información histórica, de la cual, por fortuna, por lo menos en cuanto al sector más interesante respecto del moderno proceso italiano, algunos instrumentos están a su alcance. Naturalmente, éste es el sector del derecho romano, y no tanto porque de Roma seamos descendientes los italianos, cuanto porque ningún ordenamiento jurídico antiguo consiguió la perfección y la difusión del ordenamiento romano; y el proceso, en este ordenamiento, tuvo un valor fundamental ([11]).

dar alguna seria contribución al progreso de los estudios procesales, me refiero, en particular, a la obra de GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, M. Aguilar, en curso de publicación, y de PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, Madrid, Sáenz, también en curso de publicación.

([11]) Por eso, selectas exposiciones de la materia procesal se encuentran en las obras generales de derecho romano, desde SCIALOJA, *Corso di istituzioni*

Esto no significa que el origen del proceso italiano vigente sea puramente romano: por el contrario, en la corriente romana, durante el período medieval y moderno, afluyeron también otros filones, entre los cuales ocupa un lugar particular el derecho canónico ([12]), y no se excluye tampoco el derecho alemán. Basta una mención acerca de esta inevitable y fecunda mezcla para dar a entender cuánta sea la dificultad, y, por tanto, cuánta deba ser la cautela, respecto de una información histórica exacta y acabada ([13]).

XVI. — En las ediciones anteriores de este libro, su objeto se había indicado, no con el nombre de "proceso actual", como se acostumbra a denominarlo en la ciencia alemana, sino con el de "*nuevo* proceso italiano"; el adjetivo se refería, en un principio, al evento, entonces recentísimo, de la reforma procesal en Italia; tan nuevo era el proceso civil italiano, que queremos dar a conocer aquí que su ley, publicada el 28 de octubre de 1940, entró en vigor el 21 de abril de 1942; por decreto posterior (18 de diciembre de 1941, n. 1368) se habían publicado las *disposiciones para su aplicación*, que sustituyen al viejo *reglamento general judicial*, y a las *disposiciones transitorias*; pero el adjetivo no estaba fuera de lugar tampoco en la cuarta edición, pues justamente desde el 1º de enero de 1951 se comenzó a aplicar la ley del 14 de julio de 1950, n. 581, que modificó profundamente su estructura, y con ella el decreto del 17 de octubre de 1950, n. 857, que contenía las disposiciones para su aplicación. Solamente hoy, después de transcurridos todavía algunos años, código y "novela"

di diritto romano, Roma, Bolognesi, 1912, pág. 515, hasta ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Napoli, Jovene, 1950, pág. 107. En particular SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, A.R.E., 1926; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1918; WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (ed. especial italiana; trad. ORESTANO, Milano, Giuffrè, 1938; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, Bologna, Zuffi, 1945-49.

([12]) Sobre el proceso canónico moderno, ROBERTI, *De processibus*, dos volúmenes, Roma, Apollinaris, 1926.

([13]) Optimos los ensayos de CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 109; de ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1955, pág. 88 y de SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 2ª ed., Leipzig, Duncker y Humblot, 1906.

han envejecido lo suficiente para no consentir que se los llame nuevos.

Antes del código actual estaba en vigor en Italia el que denominamos viejo derecho procesal, codificado en el tiempo augusto en que se realizó mediante la unificación legislativa, nuestro resurgimiento. Había llegado a ser ya de práctica dar a esta designación de "viejo código" un significado despectivo; tal es, por desgracia, el destino de los hombres y de las cosas. Viejo era a la verdad aquel código; tres cuartos de siglo para un dispositivo, de mecánica física o de mecánica social, son una edad respetable, aunque se quiera juzgar de ésta con más sereno y reposado criterio que el que acostumbra a usar la juventud incauta. Lo cierto es que, precedida y alabada por la ciencia, la técnica procesal ha recorrido en los últimos setenta y cinco años una rápida carrera, y bajo ciertos aspectos el Código de 1865 se asemejaba a una pintoresca diligencia en la que, en tiempos de velocidades frenéticas, continuaba la justicia perezosamente su viaje.

Sin embargo, quien durante cuarenta años se sirvió del viejo código, no sólo se separó de él con melancolía, sino que siente la necesidad de un juicio equitativo acerca de su valor. Sin duda, se lo había construido un poco a la buena de Dios, es decir, empíricamente, porque hacia mediados del siglo pasado no se puede decir que existiera en Italia una ciencia del derecho procesal al modo como hoy la entendemos; pero los prodigios del cálculo han sido precedidos por los de la arquitectura. Como hace dos mil años en el dispositivo del proceso privado romano, también en el del proceso italiano del siglo XIX la divina intuición había introducido dispositivos de los cuales aprendimos a comprender que no ha habido más que conservarlos tales cuáles eran, o si se ha creído después conveniente sustituirlos por otros mejores, nos hemos visto, sin embargo, obligados a admirar su factura. Por eso, código nuevo no significa en modo alguno código distinto en un ciento por ciento del antiguo; como los ingenieros, una vez que han aprendido a calcular, en gran parte han continuado construyendo como se construía antiguamente, así también en sus tres cuartas partes la ley procesal de 1940

es semejante a la anterior, y no decimos que, especialmente desde el punto de vista estético, sea enteramente mejor que ella. Era, pues, sin duda, un código viejo; pero no hay que creer que en el nuevo haya habido que mudarlo todo, y aun para ello el separar, como para la exposición institucional he tenido que resignarme a hacerlo, el nuevo del viejo, reduciendo al mínimo los parangones, se resuelve en mutilar la realidad.

Pero tampoco hay que creer que aquello que se ha mudado pueda ofrecer a los males de la justicia un remedio milagroso. Haber perfeccionado las reglas técnicas, y aun haber introducido incluso, dentro de los límites en que parecía posible (como predicación, y no ya como imposición, la cual no puede menos de ser muy cauta y limitada), el principio ético en el derecho procesal, es ciertamente, mucho, y había que hacerlo alguna vez; pero ello no es todo, y aun es menos de lo que había necesidad de hacer para resolver el problema judicial. Muchos, por no decir, la mayor parte de los inconvenientes que la gente solía cargar a la cuenta del viejo código, se debían, en cambio, a la insuficiencia, cuantitativa o cualitativa, de los medios personales y reales necesarios para hacer que se moviera el dispositivo: jueces, defensores, secretarios y hasta cosas y utensilios, sin los cuales ni los unos ni los otros pueden desplegar seriamente su trabajo. Mientras el instrumental de la administración de la justicia sea, en hombres y cosas, lo que continúa siendo todavía, es en vano esperar milagros de la mutación de la ley; incluso, no era de excluir que, especialmente en los primeros tiempos de su aplicación, el experimento pudiera ocasionar alguna desilusión.

La previsión recién indicada, que se leía incluso en las anteriores ediciones de este libro, se ha realizado fácilmente. Algunos inconvenientes que se han lamentado en la aplicación del nuevo Código, dependen, más que de su diseño, de la falta de una adaptación paciente y cuidadosa; pero los más graves, en cambio, no son imputables a las normas, sino a la falta de idoneidad, cuantitativa y cualitativa, de los medios personales y reales necesarios para su aplicación; en

definitiva, la penuria en que se desenvuelve la llamada justicia civil, es uno de los aspectos de la crisis del ordenamiento jurídico, y en particular del ordenamiento procesal, cuyas causas son varias, vastas, profundas, y sólo por los inexpertos pueden ser imputadas a la reforma legislativa.

Los hombres, sin embargo, continúan teniendo una fe ciega en las leyes, y en buscar en la reforma de ellas el remedio contra los males del proceso, que tienen causas muy diversas y remotas y son probablemente el signo más ostensible de una radical insuficiencia del derecho para los cometidos cada vez más graves que el desorden social le viene poniendo sobre sus hombros (14). Así ocurrió que, en 1948, un decreto legislativo, ratificado después por la ley del 14 de julio de 1950, n. 581, introdujo en el código algunas modificaciones sugeridas por la impaciencia de la práctica y no controladas por la ciencia, que terminaron por perjudicar a su estructura sin aportar alivio real alguno a la crisis (15). Así quedó confirmada la previsión, formulada desde la primera publicación de este libro, acerca de los escasos beneficios de la modificación de las leyes, especialmente en orden al proceso, mientras no aumenten las posibilidades y la buena voluntad de los hombres que tienen que aplicarlas.

XVII. — Sin embargo, bueno es que el alumno se dirija al estudio con la convicción de que, considerado en sí, el nuevo código es un dispositivo mucho más idóneo que el antiguo para conseguir su fin. Así podía no ocurrir también, habiendo sido varias y no siempre felices las vicisitudes de la reforma de 1942 (16); pero así ha terminado por ser, y el ministro Grandi, que no permitió que en Italia, como antes

(14) Cfr. mi discurso *La morte del diritto*, en *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953, pág. 275.

(15) Cfr. mi escrito *Addio, Chiovenda!*, en *Riv. di dir. proc.*, 1948, I, pág. 121.

(16) Estas vicisitudes han sido resumidas en el discurso del Guardasellos ante el Senado del 10 de marzo de 1940, reproducido en Luco y Berri, *Codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1940, y en la Relación del Guardasellos al Rey; cfr. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 2ª ed., Cedam, 1943, págs. 3 y sigtes.

en la ciencia del derecho, el Estado continuara ignorando los que para la preparación técnica del proceso debían ser y han sido sus fieles servidores, ha merecido bien de la justicia. Si, al reformar la reforma, el contacto entre los ambientes científicos y los ambientes legislativos había sido felizmente reanudado, se ha interrumpido de nuevo, determinándose entre ellos una nueva y más dolorosa escisión, séame lícito expresar aquí la esperanza de que se trate de un fenómeno transitorio, debido a la profunda perturbación ocasionada en Italia, y por lo demás en la Europa entera, por no decir en el mundo todo, por la crisis política, aún sin resolver, y que, restablecida por fin en los ánimos la paz, los hombres del gobierno volverán a encontrar, en sus relaciones con los hombres de la ciencia, la sabiduría antigua.

No todas las leyes que el pensamiento científico italiano y europeo ha conseguido descubrir acerca del proceso civil, han penetrado en el nuevo Código. En parte, ello se ha debido a una prudencia laudable; en parte, a resistencias de diversa índole que, si no deben ser alabadas, pueden ser comprendidas. En algunos sectores del proceso, el trabajo de la ciencia es reciente, y sus resultados son todavía objeto de desconfianzas y oposiciones; por otra parte, no podía menos de perjudicar a la obra legislativa la turbulenta agitación en torno al método que desde algún tiempo culmina, más que en el contraste, en la confusión de las ideas. Existe, por tanto, un desnivel entre el grado alcanzado por la ciencia y aquel en que se ha detenido la legislación italiana; pero esto, hasta cierto punto, es inevitable.

Es de todos modos reconfortante que la ciencia procesal en general, y la ciencia italiana en especial, haya llegado a imprimir a la obra legislativa un carácter que permite a Italia figurar con honor también en este campo. Dicho carácter no consiste, como creen los más, en la inspiración de la ley en el reconocimiento de los fines públicos del proceso, reconocimiento que está fuera de toda discusión, pero no constituye nota distintiva alguna del código italiano, frente a los demás códigos modernos; eso se puede decir que es un modo de ser del proceso civil europeo, o acaso, ya, mun-

dial. El carácter italiano del código es otro, y se refiere a lo que la relación misma del Guardasellos al Rey denomina el *principio de elasticidad* (17), y es el verdadero descubrimiento del nuevo proceso; así ha sido denominado desde hace algunos años un principio de mecánica procesal, y acaso de mecánica jurídica, consistente en obtener el máximo de adaptación del esquema al hecho, o con palabras menos precisas de la ley al caso particular. Todos los nuevos dispositivos del proceso civil, desde la distinción estricta entre *juez instructor* y *juez decisor*, hasta la *libertad de formas*, desde la *consulta técnica* hasta la *liquidación de los bienes embargados*, deben reducirse a esta idea. Cuánto de este carácter se haya perdido por efecto de la reforma, dominada más por impulsos empíricos que por principios científicos, lo veremos en el estudio de los institutos singulares.

Conviene, sin embargo, agregar que, en la mecánica social o jurídica, como en la mecánica natural o material, la bondad en los resultados depende, no sólo de la elección de los principios, sino del meticuloso cuidado en la aplicación de ellos, como de una máquina, así también de una ley, y más aún de un conjunto orgánico de leyes, cada uno de los fragmentos tiene que terminarse, uno por uno, con verdadera escrupulosidad, y escrupulosa tiene que ser también luego su adaptación recíproca, o en términos mecánicos, su montaje. Sobre la factura del código italiano desde este punto de vista no cabe estar satisfechos.

XVIII. — Para dar a conocer el nuevo dispositivo, ha sido escrito este libro. Su autor es el primero en hacerse cargo de su insuficiencia en orden a tal fin.

Todo lo que ha podido hacer, como en los libros precedentes, es construir y sistematizar conceptos; una diferencia, y esperamos que sea un progreso, se encontrará en él en cuanto a la forma y al orden de dichos conceptos, no en cuanto al método de trabajo (18). Ahora bien, el autor sabe

(17) CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, Cedam, 1939, pág. 398.

(18) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1, Padova, Cedam, 1937,

perfectamente que, no sólo el dato rigurosamente reducido al nuevo proceso civil italiano constituye una abstracción de la realidad, sino que, más todavía, los medios de estudio son nada más que un esquema de aquel dato, tan distinto y alejado de él como pueda serlo un mapamundi del globo terráqueo.

En los destemplados y a menudo irrazonables discursos que suelen dirigirse contra la dogmática, está bien que los alumnos, o en general los lectores, antes de entregarse a la lectura de esta obra, dogmática por excelencia, procuren aclarar sus ideas. En cuanto a la enseñanza de la medicina, a nadie se le ocurre discutir que sean necesarias la anatomía o la fisiología, o para la educación de un ingeniero que lo sea a su vez el cálculo; sólo alguien agrega, simplemente, que no es suficiente. ¿Tiene que corresponder a nosotros, los juristas, el extravagante privilegio de discutir esta verdad del sentido común? Desgraciadamente, los filósofos, arrojados del reino de la psicología, siguien resistiendo en el de las ciencias sociales; y no lo dejan prosperar. Así, mientras sostienen que la ciencia del derecho no es una ciencia de la naturaleza, nos advierten gravemente que no existen *in rerum natura* ni la obligación ni el derecho subjetivo. No hay más remedio contra esta tergiversación, que la infalible piedra de toque de nuestros instrumentos en el cotidiano trabajo. La distinción filosófica entre *quid iuris* y *quid ius,* propuesta para señalar un pretendido confín al trabajo de la ciencia, no tiene siquiera el valor de un juego de palabras. La verdad es que al *quid ius* se puede acaso llegar desde el *quid iuris,* pero no viceversa, y para llegar a él el pobre entendimiento humano no tiene más que un camino. También el fenómeno jurídico, como el fenómeno químico o el fenómeno físico, hay que descomponerlo, es decir, reducirlo a trozos, a fin de conocerlo. Lo demás, si no ya al reino de las quimeras, pertenece al de las ilusiones.

Precisamente porque cada uno de nosotros, por intui-

págs. 37, 73, 108; *Metodologia*, págs. 35 y 75; *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1951, pág. 5.

ción o por reflexión sabe que el derecho es vivo, y el proceso, si fuese lícito, más todavía, se hace cargo de que en las páginas que siguen sí se puede dar a conocer aquello únicamente para lo que sirven la anatomía y la fisiología, esa vida no existe. Pero cada uno de nosotros, sabe, igualmente, que como el hombre, también el derecho, o en el fondo la sociedad (*ubi societas ibi ius*), [donde hay sociedad, hay derecho], hay que ver los muertos, para comprender su vida. Por ejemplo, el análisis de las relaciones jurídicas que median entre las partes, los jueces y los terceros, no presenta más que una serie de preparados anatómicos para poner al desnudo el sistema nervioso del proceso. Después de ellos, si alguien les dice que ésa no es la realidad, los lectores sabrán qué pensar de la realidad y qué pensar también de la objeción.

La verdad es que nosotros, operarios del derecho o si se prefiere pensadores elevados por la baja fuerza, mientras no tenemos duda alguna sobre la necesidad de la dogmática, estamos persuadidos igualmente de su insuficiencia para la educación del jurista; por eso el autor de esta obra predica constantemente que después de haber sometido el derecho y el proceso a los procedimientos propios de la anatomía o de la fisiología, es necesario hacerlos ver *in vivo* a quien los estudia, y también él ha hecho su cruzada, no por la abolición, sino por la *integración de la dogmática con la clínica del derecho* [19]. Y en determinado momento pareció que, por mérito de un ministro de mente despierta, se podía llegar a ello; pero alguien opuso que la clínica no puede darse más que en medicina, y se dejó de lado el asunto.

Paciencia. El autor de este libro la ha tenido siempre. La pide a su vez de los lectores, y en particular de los alumnos. Leer, estudiar, comprender las fórmulas en que se definen los conceptos indispensables, para conocer teóricamente el proceso, no es un placer. El placer vendrá más tarde, en la época de la cosecha; pero es necesario saber merecerlo.

[19] CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, I, págs. 128 y 185.

PRIMERA PARTE

DE LA FUNCION DEL PROCESO CIVIL

LIBRO PRIMERO

DE LOS FINES DEL PROCESO CIVIL [1]

1. DERECHO Y PROCESO.

Llamamos derecho *(objetivo; ordenamiento jurídico) al conjunto de los mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros.* El derecho *se constituye* mediante la formulación de los preceptos y la imposición de las sanciones. *Se observa* mediante una conducta de los interesados conforme a los preceptos; *se actúa* mediante una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia.

Llamamos (por antonomasia) *proceso* a un *conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (partes; infra,* n. 6) *con*

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1935, I, pág. 32; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, Soc. ed. del "Foro Italiano", 1936, pág. 3; REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1938, pág. 1; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 1952, pág. 3; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1943, pág. 23; ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1955, pág. 4; JAEGER, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, Utet, 1943, pág. 3; SATTA, *Diritto processuale civile*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1954, pág. 6; SATTA, *Teoria e pratica del processo*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1940, págs. 207 y sigtes.; ROCCO, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, Napoli, libr. scientifica editrice, 1950, pág. 91; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1936, pág. 1; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, pág. 11; CAPOGRASSI, *Intorno al processo*, en *Rivista intern. di filosofia del diritto*, 1938, pág. 252; SEONI, *Giurisdizione civile*, en *Nuovo digesto italiano*.

una o más personas desinteresadas (jueces; oficio judicial; infra, n. 114); otro nombre usado en el mismo sentido es el de *juicio*, pero preferimos a él, ya por larga costumbre científica, la palabra *proceso*, sobre todo porque proceso se presta mejor a representar la estructura del fenómeno que se quiere significar (2). La voz proceso sirve, pues, para indicar *un método para la formación o para la aplicación del derecho* que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea *justa* y *cierta*: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados *no saben*, y si no es justo, *no sienten* lo que es necesario para obedecer. Así como para al objeto de obtener la reglamentación justa y cierta es necesaria una *experiencia* para conocer los términos del conflicto, una *sabiduría* para encontrar su punto de equilibrio, una *técnica* para aquilatar la fórmula idónea que represente este equilibrio, la colaboración de las personas interesadas con personas desinteresadas está demostrada para tal fin como un método particularmente eficaz. Por otra parte, tal colaboración, sobre todo en razón de la heterogeneidad de las personas que a ella concurren, determina necesariamente una secuela de actos que deben ser estrictamente regulados y evocan la idea de *proceso*, como mutación de la realidad que se lleva a cabo por una sucesión de hechos causalmente vinculados.

En cuanto el proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tiende a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo (*infra*, ns. 187 y sigtes.), está regulada por el derecho, el *proceso es servido por el derecho*, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. La parte del derecho que regula el proceso, toma el nombre de *derecho procesal*, o también de *derecho judicial*.

(2) Cfr., sin embargo, mi estudio *Torniamo al "giudizio"*, en *Riv. di dir. proc.*, 1949, I, pág. 165.

2. CLASIFICACION DEL PROCESO.

El método recién definido se aplica en vía *represiva* o en vía *preventiva*, para la *formación* o para la *actuación*, *inmediata* o *mediata*, *general* o *particular*, de derecho.

En esta fórmula se combinan los criterios fundamentales de clasificación del proceso.

Según se dirija a la reglamentación de un conflicto de intereses *en acto* o *en potencia*, se distingue el proceso *contencioso* del proceso *voluntario*. Según que la reglamentación ocurra en el campo de la *formación* o en el de la *actuación* del derecho, se distingue el proceso *cognitivo* del proceso *ejecutivo*.

Según que la regulación opere *inmediata* o *mediatamente*, se distingue el proceso *definitivo* del proceso *cautelar*.

Según que se regule un conflicto singular de intereses o una categoría de conflictos, se distingue entre proceso *singular* y proceso *colectivo*.

Estos cuatro criterios de clasificación son autónomos, en el sentido de que se refieren a planos diversos, en los cuales cada una de las distinciones puede combinarse con las demás: por eso no sólo el proceso contencioso, sino también el proceso voluntario, puede ser cognitivo o ejecutivo, definitivo o cautelar, singular o colectivo. La verdad contenida en esta fórmula sólo ahora se descubre; hasta ahora, yo mismo había creido que el proceso voluntario y el proceso cautelar eran una tercera y una cuarta especie, en el mismo plano del proceso cognitivo y del proceso ejecutivo; fugaces intuiciones de la posibilidad de que el proceso voluntario fuese también ejecutivo, y así también el proceso cautelar, yo mismo las tuve, pero sólo últimamente he podido conseguir una sistematización completa del proceso según sus fines.

TITULO PRIMERO

DEL PROCESO CONTENCIOSO O DEL PROCESO VOLUNTARIO

3. FUNCION REPRESIVA O PREVENTIVA DEL PROCESO.

La diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario se funda en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses.

El conflicto de intereses consiste en su *incompatibilidad*, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro.

Cuando los intereses pertenecen a personas distintas (conflicto intersubjetivo), su incompatibilidad constituye un peligro, pero no todavía un daño para la paz, ya que puede ocurrir o que uno de los interesados tolera la insatisfacción o entre ellos medie un acuerdo. El peligro se transforma en daño cuando, no verificándose ninguna de las hipótesis recién imaginadas, los interesados pasen a ser *contendientes*, en cuanto cada uno de ellos exige que se satisfaga su interés.

Se entiende que esta segunda es la hipótesis que con mayor urgencia reclama la reglamentación jurídica, y que, por tanto, la especie de proceso que a ella se refiere, tenga sobre las demás la precedencia histórica y la prevalencia práctica. A ello se debe el error consistente en la supervalorización del proceso contencioso, en comparación del cual el proceso voluntario ha quedado en la penumbra.

Pero no hay que creer que la función preventiva del derecho se haya desarrollado tardía y escasamente; la verdad es, por el contrario, que se la ha ejercido largamente fuera

del proceso, o en otras palabras en el campo *legislativo* o *administrativo* en vez de hacerlo en el terreno *judicial,* a propósito de lo cual recuérdese lo que dijimos al principio acerca del significado de *proceso* (*supra,* n. 1) y póngase cuidado en aprender de la teoría general del derecho las nociones que debemos presuponer necesariamente aquí; por otra parte, en cuanto la función preventiva se ejerce mediante el proceso, la distinción entre el tipo de proceso que a ella corresponde (*proceso voluntario*) y el tipo que sirve, en cambio, a la función represiva (*proceso contencioso*), atañe a uno de los aspectos de la ciencia procesal cuyo desarrollo ha sido muy escaso y tardío.

SUBTITULO PRIMERO

DEL PROCESO CONTENCIOSO (1)

4. FUNCION REPRESIVA DEL PROCESO.

La finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva: hacer que cese la contienda, lo cual no quiere decir hacer que cese el conflicto, que es inmanente, sino componerlo mediante el derecho, bien con la *formación* de un mandato (*infra,* n. 31), bien con su *integración* (*infra,* n. 32), bien con su *actuación* (*infra,* n. 36).

La naturaleza contenciosa del proceso, se debe, no tanto, al conflicto de intereses cuanto a su actualidad, que reclama la función represiva del derecho. El estudio del proceso contencioso desde el punto de vista funcional compromete, pues, la investigación acerca de lo que es, no el conflicto de intereses, sino su actualidad.

5. LITIS (2).

El conflicto actual de intereses se denomina litis. La terminología a este respecto no está consolidada todavía; ciertamente, antes de que se propusiese su empleo, con un significado científico preciso, la palabra se utilizaba en más de un significado, tanto para denotar el conflicto de intereses para

(1) BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, págs. 7 y sigtes.; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 40, 131, 341; CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1930, II, pág. 359; BETTI, *Ragione e azione*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 132, I, pág. 205.

(2) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, pág. 20; CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, III, Padova, Cedam, 1939, pág. 21; CARNELUTTI, *Lite e processo*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, II, pág. 348; JAEGER, *Diritto processuale civile*, pág. 112; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, pág. 8.

cuya composición opera el proceso, como para denotar el proceso mismo; hay que reconocer también que las resistencias a la adopción del uso propuesto han sido en parte justificadas por ciertas imperfecciones o exageraciones inevitables en las primeras investigaciones en torno a la función del proceso: un fruto de tales resistencias es la incierta e impropia terminología del código, en el cual no sólo se ha evitado cuidadosamente la palabra "litis" y el concepto de ésta se indica mediante la palabra "causa", mucho menos propia, sino que esa misma palabra se la emplea promiscuamente, tanto para indicar el objeto (litis; ejemplo: arts. 10, 41[1], y sobre todo art. 40, donde está incluso contrapuesta *causa* a *proceso*), como el medio (proceso; ejemplo: arts. 50, 54[4]) de la composición; en lugar de causa se dice también a menudo "controversia" (ejemplo: arts. 17, 295, 512, 788[2], 800, 806 y sigtes.), voz que, mucho más propia que causa, se usa después constantemente en el título IV del libro II a propósito de ciertas litis (litis de trabajo, litis colectivas), no por otra razón, sino porque se la había adoptado ya en textos anteriores, comenzando por la ley fundamental corporativa del 3 de abril de 1926, n. 563 (art. 13).

La *pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio.*

La *resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno,* y se distingue en *contestación* (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y *lesión* (no lo subordino) de la pretensión.

La litis, por tanto, puede definirse como *un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida).* El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.

Aunque la noción de la litis pertenezca a la teoría general del derecho, su máxima importancia para la teoría del derecho procesal aconseja que hagamos de ella aquí un breve análisis.

6. SUJETO DE LA LITIS [8].

Una litis, puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, tiene necesariamente dos sujetos.

Cada uno de ellos toma el nombre de *parte*; con lo cual se indica más bien su *posición* que su *individualidad*, esto es, que es uno de los sujetos del conflicto y, por tanto, forma parte de él. La noción de parte, precisamente porque es propia del conflicto jurídicamente relevante en general, no de la litis en particular y, por tanto, es común al derecho procesal y al derecho material, debe buscársela también en la teoría general del derecho. Puesto que, como veremos, toman el nombre de partes también algunos de los sujetos del proceso, para denotar a los sujetos de la litis no se dice solamente partes, sino partes *en sentido material*. Ciertamente, el nombre de parte se emplea en el código promiscuamente, tanto en sentido material como en sentido procesal: cuando, por ejemplo, se habla de las partes como destinatarias de los efectos del proceso, son ellas los sujetos de la litis (ejemplo: arts. 91 y sigtes.); en cambio, cuando se habla de ellas como de titulares de derechos o de cargas procesales, se designa con ese nombre a los sujetos del proceso (ejemplo: arts. 75 y sigtes.).

Si una litis fuese simplemente un conflicto intersubjetivo de intereses, los sujetos de ella serían siempre y simplemente los dos hombres o los dos grupos a los cuales pertenecen los dos intereses en conflicto; pero la cosa se complica si se reflexiona que para constituir la litis tiene que agregarse a cada interés la pretensión o la resistencia, que son, como veremos, actos jurídicos. Se presenta así también respecto de la litis un posible desdoblamiento del sujeto, en el sentido de que una puede ser la persona a la cual corresponda el interés y otra la persona a la cual remonte la pretensión o la

(8) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, págs. 114, 123; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 219; REDENTI, *Profili*, págs. 101 y sigtes.; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 157; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 304; JAEGER, *Dir. proc. civ.*, pág. 260; SATTA, *Dir. proc. civ.*, pág. 63; SEGNI, *Intervento adesivo*, Roma, Athenaeum, 1919, pág. 140.

resistencia, por ejemplo, el progenitor pretende el pago de un crédito de su hijo; el acreedor pretende del tercero la restitución de una cosa perteneciente a su deudor; el ministerio, al pedir que se declare la certeza de la nulidad de un matrimonio, propone la pretensión al estado libre de cada uno de los cónyuges. La dificultad opuesta por tales fenómenos a la construcción del concepto de sujeto de la litis se supera del mismo modo como se construye el concepto de sujeto de la relación jurídica, componiendo con la persona a quien pertenece el interés y con la otra persona a quien remonta la voluntad, un grupo al cual la teoría general le da el nombre de *persona compleja*. También el sujeto de la litis puede ser, por tanto, una persona *simple* o una persona *compleja* al igual que el sujeto de la relación jurídica.

Como los intereses en litigio no pueden ser más que dos, tampoco son más de dos los sujetos de la litis. Puede ocurrir que un interés de Ticio esté paralelamente en conflicto, no sólo con un interés de Cayo, sino también con otro interés de Sempronio; por lo demás en tales casos, no se da una sola litis con más de dos sujetos, sino dos litis, cada una de ellas con dos sujetos; sumando las dos litis los sujetos parecen tres, pero es porque Ticio es sujeto de ambas.

7. OBJETO DE LA LITIS (4).

Objeto del interés es un bien. Tal es necesariamente también el objeto del conflicto de intereses y, por tanto, de la relación jurídica y de la litis.

También el concepto del objeto de la litis, como el de los sujetos de ella, está elaborado por la teoría general del derecho. A ella, en particular, es necesario recurrir para conocer las distinciones que para la teoría procesal tiene notable importancia, entre objetos *simples* y *complejos*, *muebles* e *inmuebles*, *materiales* e *inmateriales*.

(4) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 125; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1954, pág. 334.

8. PRETENSION (5).

La pretensión (*supra*, n. 5), es un *acto* no un *poder*; algo que alguien *hace*, no que alguien *tiene*; una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan *declaraciones de voluntad* (*infra*, n. 294); también ésta es otra de las nociones que el alumno debe tomar de la teoría general.

Dicho acto, no sólo *no es*, sino que *ni siquiera supone* el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser *fundada* o *infundada*. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber *pretensión sin derecho*, así también puede haber *derecho sin pretensión*; al lado de la *pretensión infundada* tenemos, como fenómeno inverso, el *derecho inerte*.

9. RESISTENCIA A LA PRETENSION (5).

La resistencia a la pretensión puede consistir en que, aun sin *lesionar el interés*, el adversario *conteste a la pretensión* o, por el contrario, en que, sin *contestar a la pretensión, lesione el interés*; puede ocurrir también que la resistencia se la despliegue sobre la una y sobre la otra línea a la vez.

Tanto la *contestación* como la *lesión* de la pretensión, del mismo modo que la pretensión, son dos actos jurídicos, pero de diversa especie: la contestación, como la pretensión, *una declaración*; la lesión es, por el contrario, una *operación* jurídica (*infra*, n. 294).

(5) FADDA y BENSA, *Note al Diritto delle Pandette del Windscheid*, I, parte primera, Torino, Utet, 1902, pág. 679; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 20; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 345; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 63; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, 2ª ed., Roma, Edición del Ateneo, 1949, pág. 153; ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova, Cedam, 1932.

(6) CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 20, 279; BETTI, *Ragione e azione*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1932, I, pág. 205; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 169.

Se distinguen así, en razón de la cualidad de la resistencia, la litis *de pretensión contestada* y la litis *de pretensión insatisfecha*. A la primera se le puede dar también el nombre de *controversia* (*supra*, n. 5).

10. RAZON DE LA PRETENSION (7).

La exigencia de la subordinación a un interés propio de un interés ajeno puede estar por sí, independientemente de su conformidad con el orden jurídico. La pretensión sin fundamento es siempre una pretensión; por lo demás, si en el campo de la fuerza puede tener fortuna, en el del derecho es una pretensión inerme e inútil. El arma con que la pretensión opera en el campo del derecho, es la *razón*.

Razón de la pretensión es su fundamento según el derecho; en otras palabras, la *coincidencia entre la pretensión y una relación jurídica activa*. En tanto una pretensión tiene razón en cuanto una norma o un precepto jurídico establece la prevalencia del interés que es el contenido de la pretensión. Así se distingue, no sólo la razón de la pretensión respecto de la *afirmación* y también de la *opinión de la tutela* concedida por el derecho a la pretensión: una pretensión puede tener razón sin que quien la propone lo diga o aun lo sepa; por el contrario, puede no tenerla por más de que quien la propone afirme o aun considere su conformidad con el derecho. Puesto que según el habla común las relaciones jurídicas activas se identifican con el derecho subjetivo, se comprende que quien propone una pretensión, afirmando la razón de ella, *hace valer un derecho*, según la vieja fórmula oportunamente conservada en el art. 99; allí la pretensión se resuelve en *hacer valer un derecho* y el derecho se propone como objeto de la pretensión en cuanto la razón afirmada resuelve el interés, que es el verdadero objeto de la pretensión, en un derecho, más exactamente, en una relación jurídica activa.

(7) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 347; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, págs. 29, 323; REDENTI, *Profili*, pág. 105; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 169.

Si se toma en cuenta la relación que de ese modo la razón establece entre derecho y pretensión, se comprende que las pretensiones puedan ser clasificadas a la manera de los derechos, o mejor, de las relaciones jurídicas, en orden precisamente a la relación a que se refieren; esta posibilidad de distinción se da respecto de las pretensiones razonadas, no de las pretensiones consideradas independientemente de la razón. No, pues, las acciones (*infra,* n. 207), sino las pretensiones, son las que se distinguen en *reales* o *personales, mobiliarias* o *inmobiliarias, materiales* o *procesales.*

A propósito de las razones, y correlativamente de las pretensiones procesales, hay que recordar que si el proceso obra para la composición de la litis, se sigue de ello necesariamente la tutela del interés de una de las partes; por lo cual se comprende que la pretensión pueda fundarse no sólo en una relación jurídica material, sino también en una relación procesal; así, también debe ocurrir cuando la pretensión, en vez de estar puesta extrajudicialmente, sea deducida en el proceso; si Ticio hace valer contra Cayo en juicio un derecho, fundamento de su pretensión es no sólo la tutela otorgada por derecho a su interés, sino también que tal tutela debe serle reconocida mediante el proceso; de este modo, no sólo el derecho subjetivo material, sino también la acción (*infra,* ns. 198 y 206) funcionan como razón de la pretensión.

Puesto que la tutela jurídica se resuelve en la atribución a determinados hechos de determinados efectos, la razón a su vez se resuelve en la existencia de un *efecto* en que la tutela consiste, y de un *hecho,* del cual proviene la tutela. De ahí la distinción de la razón en dos elementos, *motivos* y *conclusiones*: los primeros se refieren a los hechos jurídicos que sostienen la pretensión; las segundas, a los efectos correspondientes a ellos; tal distinción se encuentra establecida con suficiente claridad, ya que no con terminología unívoca, por el art. 163², n. 4, respecto de la citación, por el art. 167¹, respecto del escrito de contestación, por el art. 190², respecto del escrito conclusional, por el art. 132², ns. 4 y 5, en cuanto a la sentencia, con la advertencia, por lo que a esta última

respecta, de que en ella las conclusiones adoptan el nombre especial de *parte dispositiva* (*infra*, n. 339).

Por último, puesto que la existencia de una relación jurídica activa se resuelve en la existencia de un precepto jurídico y en la existencia del hecho, del cual hace aquélla derivar la relación, se entiende que las razones se distingan en *razones de hecho* y *razones de derecho*, o más exactamente, que se resuelvan en *elementos de hecho* y *elementos de derecho* (de la razón); véanse a este propósito el art. 163³, n. 4, donde se habla de "hechos y... elementos de derecho (*rectius*, elementos de hecho y de derecho) que constituyen las razones de la demanda", y el art. 190².

11. RAZON DE LA CONTESTACION (⁸).

Como la razón se distingue de la pretensión, así también hay que distinguirla de la contestación; y no hay nada nuevo que agregar. La razón de la contestación es la *inexistencia de una relación jurídica que suministre razón a la pretensión*. Esta inexistencia, habida cuenta del mecanismo jurídico, puede resolverse en las siguientes hipótesis:

a) inexistencia de la razón de derecho de la pretensión (*supra*, n. 10), o mejor, inexistencia del elemento de derecho de su razón;

b) o bien, inexistencia del elemento de hecho de la razón de la pretensión (*ibi*);

c) o bien, existencia de un hecho que, según un diverso precepto jurídico, tenga efecto extintivo o invalidativo de la relación jurídica que constituye el fundamento de la pretensión.

Cuando está sostenida por una razón del tipo *a*) o *b*), la contestación se denomina *defensa*; según las dos hipótesis

(⁸) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 351; REDENTI, *Profili*, pág. 107; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 54; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 90; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 304; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 105; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 188; LIEBMAN, *Lezioni di dir. proc. civ.*, I, Milano, Giuffrè, 1954, pág. 36; CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1930, II, pág. 149; BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, Soc. ed. libraria, 1936.

defensa de hecho o *defensa de derecho*; defensa es, por tanto, la *contestación de la pretensión fundada en la negación del elemento de hecho o de derecho de la razón de la pretensión.*

Cuando está sostenida por una razón del tipo *c*), la contestación se denomina *excepción*; este nombre, que toma su origen del proceso formulario romano, sirve para denotar la *contestación (de la pretensión) fundada en un hecho que tenga eficacia extintiva o invalidativa del efecto jurídico afirmado como razón de la pretensión.* Puesto que se funda en elementos de derecho y de hecho distintos de los que constituyen la razón de la pretensión, la excepción amplía el campo contencioso, o en otras palabras, el área de la litis; por eso, el art. 112, después de haber dicho que "el juez debe pronunciar sobre toda la demanda, y no más allá de los límites de ella" agrega que "no puede pronunciar de oficio sobre excepciones que pueden ser propuestas solamente por las partes"; en él "la demanda" se entiende como *demanda del actor,* por lo cual la excepción no queda comprendida en ella; más correcta sería la fórmula si dijese que el juez debe pronunciar sobre todas las razones de la pretensión y de la contestación.

La excepción, como la defensa, puede ser *material* o *procesal,* según que afecte a la razón material o a la procesal de la pretensión. Cuando la contestación concierne sólo a la razón procesal de la pretensión, hay un tipo de litis que puede ser calificada de *secundaria,* con respecto a la *litis principal,* o también de *litis de orden* en comparación con la *litis de fondo,* de la cual está previsto un típico ejemplar en el art. 619 (*infra,* n. 815).

12. CONTRAPRETENSION.

Puede ocurrir que frente a la pretensión, la otra parte, en vez de contestarla o además de contestarla, presente a su vez, *respecto del mismo conflicto de intereses,* una pretensión; ésa es la *contrapretensión.*

El carácter particular de la contrapretensión está en que una pretensión se refiere al mismo conflicto de intere-

ses acerca del cual se eleva una pretensión opuesta; hay, pues, dos pretensiones en una misma litis. Bajo este aspecto, se puede hablar de litis *unilateral* o litis *bilateral*.

También la contrapretensión se distingue de su razón, según los principios ya expuestos (*supra*, n. 10).

13. CUESTION (9).

En cuanto la razón, ya sea de la pretensión o de la contestación, sea dudosa, surge una *cuestión*, la cual, por tanto, es *la duda acerca de una razón*. Puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión: las razones (de la pretensión o de la contestación) pasan a ser cuestiones (del proceso), y éstas se resuelven en razones (de la decisión).

La cuestión no es la litis; en efecto, ésta consiste, ante todo, en un conflicto de intereses, que es extraño a la cuestión; la cuestión, por el contrario, consiste en una duda, que puede ser extraña a la litis. Puede haber, por consiguiente, como cuestión sin litis (duda teórica o académica), también litis sin cuestiones (cuando la pretensión es contestada sin afirmación de razones, o sin ser contestada, queda insatisfecha). Cuando la litis presenta una o más cuestiones, se acostumbra a hablar de *controversia* (*supra*, n. 5), la cual es, pues, palabra que debe emplearse más propiamente para denotar esa especie de litis.

La palabra cuestión es frecuentemente usada con exactitud por la ley (arts. $187^{2\ y\ 3}$, 275^{1}, $279^{1,\ 2\ y\ 4}$); pero la terminología del código no siempre es coherente, pues a menudo se confunde la cuestión con el acto que la propone (demanda), o también con la razón a que se refiere (en particular, excepción), ejemplos de terminología incorrecta se encuentran en los arts. 112 y 277^{1}, en los cuales se pone como objeto de la decisión la demanda o la excepción en vez de la cuestión.

(9) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, págs. 351 y sigtes.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 145; CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, III, pág. 97; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 128; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, Manz, 1904.

Por lo común la duda nace de las alegaciones opuestas de las partes (*infra,* n. 304); pero puede también, si no existe una carga de la alegación (*infra,* n. 224), ser planteada por el juez a sí mismo (cfr. art. 112) y aun puede ser propuesta por dicho juez a las partes (cfr. art. 183[2]).

Como las razones, también las cuestiones se distinguen según el tipo de las relaciones jurídicas a que se refiere; en particular se distinguen las cuestiones *materiales* y las cuestiones *procesales.* A las cuestiones materiales tanto la práctica como la ley suelen darles el nombre de *cuestiones de fondo* (cfr. art. 187[1, 2]); *fondo* de la litis (cfr. arts. 277, 279[2], ns. 2 y 3), por tanto, significa *el conjunto de las cuestiones materiales que presenta la litis*; en la práctica las cuestiones procesales suelen llamarse *cuestiones de orden,* o también *de rito.*

Puede ocurrir que una litis presente sólo cuestiones materiales; puede acaecer, en cambio, que sólo deban resolverse cuestiones procesales; por ejemplo, Cayo no discute su deuda frente a Ticio, sino la embargabilidad de un bien que Ticio quiere expropiar; en tal caso la litis era sólo de lesión, no de contestación de la pretensión, pero lo que ha encendido la litis de la segunda especie ha sido precisamente el proceso; la litis de contestación procesal, que subsigue, se asemeja a las enfermedades secundarias, determinadas por el uso de ciertas medicinas (*supra,* n. 11).

Habida cuenta del orden en que deben ser decididas, toda vez que una cuestión debe ser resuelta antes que otra, a aquélla se la llama *preliminar* (cfr. art. 187[2]). En general, son preliminares, respecto de las cuestiones de fondo, las cuestiones atinentes al proceso; pero como un orden lógico, o aun solamente práctico, con frecuencia se impone también respecto de varias cuestiones de fondo, puede ser preliminar también una cuestión de fondo respecto de otra de la misma categoría (art. 187[2]). Si la cuestión de orden se refiere, no tanto al *quomodo* cuanto al *an* del proceso, en forma que deba ser resuelta para saber si se puede hacer el proceso, se la denomina *prejudicial* (arts. 187[3], 279[1], n. 2).

La distinción entre cuestión y litis debe ser considerada

en el sentido de que, no sólo una litis puede implicar varias cuestiones, sino también en el de que una cuestión puede interesar a varias litis. Para comprender este último principio, piénsese que hay hechos jurídicos de *efecto complejo*, y no *simple* en el sentido de que de él derivan, no una, sino varias relaciones jurídicas; un ejemplar de tales hechos es el matrimonio; por tanto, la cuestión acerca de la existencia o de la validez del matrimonio atañe a todas las litis que puedan suscitarse entre los cónyuges acerca de cada una de las relaciones jurídicas que de él se siguen. Cuando una litis presenta una cuestión que pueda extenderse a otras litis, esa cuestión se denomina también *prejudicial*, pero en sentido distinto del recientemente considerado: en sentido estricto, es cuestión prejudicial *la cuestión cuya resolución constituye una premisa también para la decisión de otras litis.*

14. IDENTIDAD DE LA LITIS [19].

La identidad de la litis resulta naturalmente de la identidad de sus elementos: *sujetos, objeto* y *pretensión.*

En cuanto a los sujetos y al objeto, póngase cuidado en no confundir la identidad física con la identidad jurídica; todos saben, por ejemplo, que la identidad de una persona no queda prejuzgada por el hecho de que un capaz venga a ser incapaz, y así a la persona singular se sustituya una compleja; y que, igualmente, una sociedad anónima o un rebaño continúen siendo siempre los mismos a pesar de la mutación de los accionistas que constituyen la primera o de los animales que integran el segundo. Los principios relativos a la identidad jurídica de los entes, sujetos u objetos, se infieren de la función del derecho, que es la de regular mediante la composición de los conflictos de intereses la economía.

Por tanto, mientras respecto de las personas el cambio en la composición física acaece en orden a la mejor tutela del interés de un mismo hombre o grupo, ese cambio es in-

[19] CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 323; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 288; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 141; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 146; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 201.

diferente para la identidad jurídica; en términos técnicos, no perjudica a la identidad del sujeto de un interés el cambio de los hombres a quienes está encomendada su administración; así, si una persona física capaz pasa a ser incapaz, o viceversa (mutación de estado), o si en una persona compleja se cambia el administrador, el sujeto conserva su identidad. Asimismo, si el interés pertenece a un grupo, no queda excluída la identidad por el cambio de las personas que lo integran, dentro de los límites en que la finalidad del grupo admita la fungibilidad de ellas: así, una sociedad comercial, de personas o de capitales no cambia porque cambien los socios.

Por otra parte, respecto de las cosas, se infiere asimismo de su función económica en qué límites el cambio de su composición física es compatible con la persistencia de su identidad jurídica.

En cuanto a la identidad causal de la litis, nótese que es relevante, no sólo la naturaleza del interés que se hace valer, sino también la medida en que se lo haga valer; por ejemplo, la pretensión al goce perpetuo o al goce temporal de la misma cosa, son diversas, al igual que la pretensión al goce exclusivo o al goce en común. Esto explica que la razón entre a constituir un elemento de identificación de la pretensión; así ocurre cuando ella determina o concurre a determinar la medida en que la exigencia de la prevalencia del interés se manifiesta, lo cual se verifica si y porque la enunciación de la razón implica esa determinación; en los dos ejemplos, recién propuestos, se hace valer el derecho de propiedad o de usufructo, el de propiedad exclusiva o el de copropiedad. Más allá de estos límites, la razón es irrelevante en orden a la identidad de la pretensión: cuando se pretende la propiedad, la pretensión es siempre la misma, ya que la propiedad se haga derivar de la herencia, ya de la donación, ya de la venta.

15. CONEXION ENTRE LAS LITIS [11].

Si uno de los elementos es idéntico y no lo es otro, en vez de identidad, hay *conexión* entre las litis. Según la calidad del elemento común, se habla de conexión *personal* o *subjetiva, real* u *objetiva* y *causal*. Cuando en vez de ser uno son dos los elementos en común, se puede hablar de conexión *duple* o *bilateral*.

La conexión entre dos o más litis tiene relevancia jurídica, por cuanto, en razón de ella, es posible y hasta oportuno que las litis conexas se compongan mediante el mismo proceso y, por tanto, por el mismo juez (*infra*, n. 259); pero a este fin, la conexión, tal como recientemente la hemos definido, es un requisito necesario, pero no suficiente; hace falta además que tengan en común los instrumentos de su composición, esto es, las razones, si se trata de litis de pretensión discutida o los bienes, si se trata en cambio de litis de pretensión insatisfecha; en tal caso se habla eficazmente de conexión *instrumental*. Para que dos o más litis sean instrumentalmente conexas, debe existir entre ellas conexión subjetiva, objetiva o causal; en tanto unas mismas razones o unos mismos bienes pueden servir a su composición, en cuanto tengan ellas por lo menos un elemento en común; ésta, por lo demás, es a su vez una condición necesaria, pero no suficiente, a dicho fin, por lo cual puede darse conexión *subjetiva* u *objetiva* o *causal*, que no sea *instrumental*, por ejemplo, la litis de Ticio, contra Cayo, para la entrega de un fundo es subjetivamente, pero no instrumentalmente, conexa con la litis de Ticio contra Sempronio, o aun contra el mismo Cayo, para el pago de un crédito.

Para que exista conexión instrumental entre varias litis de pretensión discutida, habida cuenta del análisis de la razón tal como fue explicada en el n. 10, es necesaria la iden-

(11) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 185; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 357; REDENTI, *Profili*, pág. 274; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 143; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 148; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 204; CONIGLIO, *La continenza del processo nella dottrina e nel progetto di riforma*, Padova, Cedam, 1929.

tidad del *hecho jurídico* o del *efecto jurídico* en que se resuelve la razón: en el primer caso se habla de conexión *por razón del título,* locución en la cual título no significa, impropiamente, más que hecho jurídico (título de la demanda); en el segundo se habla de conexión *por razón del objeto,* y aquí objeto se refiere a la demanda e indica precisamente el efecto jurídico cuya declaración de certeza o cuya constitución se pide (cfr. art. 103). Cuando la conexión instrumental se agrega a la conexión subjetiva, objetiva o causal, y adquiere, por tanto, relevancia en orden al proceso, se la llama con más propiedad *interdependencia.*

Cuando el hecho o el efecto jurídico en que se resuelve la razón de la pretensión de varias litis distintas no sea *idéntico,* sino *similar* (lo cual puede ocurrir si las litis no son conexas por identidad de algunos de sus elementos), puede haber únicamente conexión *impropia*: tal es la relación entre varias litis en que los hechos o los efectos constitutivos de las razones sean distintos, pero pertenezcan al mismo género (por ejemplo, Ticio contiende con Cayo y Sempronio con Mevio acerca de la nulidad de dos testamentos a propósito de las cuales se presenta la misma cuestión; cfr. art. 103).

16. LITIS COLECTIVA [12].

Según el concepto hasta aquí expuesto, la pretensión y la resistencia, que constituyen el elemento formal de la litis, se refieren a un conflicto de intereses singular o determinado. Pero puede ocurrir que la pretensión o la resistencia se refieran, no a un solo conflicto de intereses, sino a una serie indeterminada de conflictos similares; en tal caso se habla de *litis colectiva* o *litis de categoría.* El *quid novi* de la litis colectiva, consiste, por tanto, en la vinculación de la pretensión o de la resistencia, no con un conflicto singular, sino con una categoría de conflictos.

Conflictos de categoría han existido siempre. Pero para

[12] CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro,* Padova, Cedam, 1928; CARNELUTTI, *Studi,* IV, 1939, pág. 273; CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio,* en *Rivista di dir. proc.,* 1949, I, pág. 1.

que tales conflictos de potenciales pasen a ser actuales y adquieran, por tanto, aspecto de litis, es necesario que la categoría presente una cierta organización, de modo que una o más personas administren sus intereses (o como se suele decir, asuman su representación) y, por tanto, promuevan para la tutela de ellos la pretensión o le opongan la resistencia. Por tanto, la litis colectiva es un fenómeno que se ha delineado y desarrollado, cuando, ante todo en el campo de las relaciones de intercambio del trabajo, al desplazarse los conflictos de los individuos a las categorías, se inició el movimiento de organización de éstas y se fueron realizando actos de pretensión o de resistencia dirigidos a la tutela de una categoría entera de intereses. Esta evolución de la litis del conflicto colectivo, o en otras palabras esta transformación de la litis, del plano individual al plano colectivo ha tenido manifestaciones dramáticas en los llamados *conflictos colectivos del trabajo,* o mejor, en las formas que los tales asumieron mediante la *huelga* y mediante el *cierre.*

La litis colectiva tuvo relevancia jurídica en Italia, en un primer tiempo, mediante la ley del 3 de abril de 1926, n. 563, sobre la regulación colectiva de las relaciones de trabajo en virtud de la cual pudo ser compuesta mediante el proceso *sólo en cuanto tuviese como sujetos las opuestas categorías de los trabajadores y de los empresarios*; pero en la misma ley se insinuaba cierta tímida extensión del principio más allá de los estrictos límites de la relación de trabajo. Con el posterior desenvolvimiento del sistema corporativo, que poco a poco fue comprendiendo conflictos entre categorías diversas de la de los empresarios y de los trabajadores (*conflictos de concurrencia* al lado de los *conflictos de colaboración*), también la relevancia jurídica de la litis colectiva se ha ampliado, al punto de que después *el proceso colectivo pudo operar también respecto de litis entre categorías distintas de los trabajadores y de los empresarios,* si bien respecto de estas últimas sólo como proceso *declarativo* (*infra,* n. 32).

Después de la última guerra, habiendo caido el ordenamiento corporativo, primero por providencias de los ejércitos ocupantes y después por el decreto del 23 de noviembre de

1944, n. 369, que suprimió las asociaciones profesionales que constituían el eje del ordenamiento mismo, la relevancia jurídica de la litis colectiva, por ahora, ha desaparecido; pero no es improbable, y tenemos que augurar que recupere vigor en virtud de las leyes previstas por el art. 40 de la Constitución.

17. PROCESO CONTENCIOSO.

El proceso contencioso, es, por tanto, un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis; quien hace consistir su fin en la declaración de certeza o en la actuación del derecho, confunde el fin con el medio, que veremos, precisamente consiste en esa declaración de certeza o en esa actuación: a lo más, la declaración de certeza o la actuación del derecho podría ser el fin próximo, pero no el fin último del proceso. Puesto que, como diremos más adelante, la composición debe hacerse según el derecho o según la equidad, y la conformidad con el derecho o con la equidad se expresa mediante el concepto de justicia, la fórmula puede ser integrada hablando de *justa composición de la litis*. Apenas hay necesidad de advertir que si la justicia de la composición constituye el fin, puede no corresponder a ella el resultado del proceso; la inevitable eliminación de éste, frente a aquél, es el signo de su humanidad.

Esta me ha parecido durante mucho tiempo, si no la única, por lo menos la verdadera figura del proceso, de manera que su figura complementaria (*proceso voluntario*) merecería ser denominada proceso impropio. Ahora, mientras considero firme la opinión acerca de la naturaleza del proceso contencioso, admito que, al lado de él, el proceso voluntario representa otra especie del género, la cual, si histórica y prácticamente tiene menor valor, lógicamente está a su lado, en paridad perfecta.

SUBTITULO SEGUNDO

DEL PROCESO VOLUNTARIO (1)

18. FUNCION PREVENTIVA DEL PROCESO.

Una experiencia secular demuestra que de la institución procesal, y particularmente de la obra del juez, se puede hacer uso provechosamente también para fines diversos de la composición de la litis; el ejemplo más conocido se refiere a la asistencia de los incapaces, en la cual el juez está ampliamente comprometido (cfr. arts. 344 y sigtes., Cód. civ.). Precisamente en razón de la diversidad del fin se ha venido, durante siglos, perfilando la distinción entre *jurisdicción contenciosa* y *jurisdicción voluntaria*, con la segunda de las cuales fórmulas se acostumbra a denotar la función del juez dirigida a fines distintos de la composición de la litis. Prescindiendo del nombre, esta noción era, sin embargo, por una parte demasiado restringida, toda vez que del proceso voluntario comprendía solamente la especie cognitiva (*infra*, n. 30) y por otra, era todavía vaga, toda vez que se resolvía en una pura negación del carácter contencioso del proceso, sin que se quisiera afirmar con la fórmula de proceso volun-

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 13; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 238; REDENTI, *Profili*, pág. 229; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 29; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 74; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, pág. 42; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 104; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, Cedam, 1953; CRISTOFOLINI, *Efficacia dei provvedimenti di volontaria giurisdizione emessi da giudice incompetente*, en *Studi di dir. proc. civ. in onore di G. Chiovenda*, Padova, Cedam, 1927; ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, en *Rivista trimestrale di dir. e proc. civ.*, 1948, 487; MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, en *Rivista di dir. proc.*, 1947, I, pág. 18; DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en *Rivista di dir. proc.*, 1954, I, pág. 255.

tario más que la existencia de un proceso que no era contencioso. Manifiestamente, el conocimiento de esta segunda especie del proceso, y mediante el conocimiento de la especie, el conocimiento completo del género, exige que su fin sea definido, no ya sólo negativa, sino también positivamente.

La prevención de la litis es el fin específico del proceso voluntario, el cual es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades. Dicha prevención se obtiene regulando con justicia y determinando con certeza las relaciones jurídicas en los casos en que el peligro de la injusticia o de la falta de certeza es más grave. La regulación de los conflictos de intereses mediante las normas jurídicas, si tiene la ventaja de permitir la previsión de los efectos provenientes de los hechos jurídicos y, por tanto, de las relaciones jurídicas, ocasiona, en cambio, el inconveniente, por una parte, de la injusticia, y por otra, de la falta de certeza de alguna relación ya porque el hecho, aun coincidiendo con la hipótesis tenga algún carácter que aconsejaría una regulación distinta, o porque el parangón entre el hecho y la hipótesis no permita un juicio seguro. No hay necesidad de agregar que el peligro de injusticia o de la falta de certeza se resuelve en el peligro de la litis. Al objeto de prevenir la litis, sirve el proceso (*supra*, n. 3), como sirve para reprimirla: mediante la colaboración de las partes, el juez interviene para constituir un efecto jurídico que sin dicha intervención no se produce. El ejemplo ya aducido de la tutela de los incapaces mediante la verificación de las situaciones jurídicas que les atañen, sirve para aclarar el concepto aquí expuesto; piénsese de manera particular en los institutos de la interdicción y de la inhabilitación (arts. 414 y siguientes, Cód. civ.), en los cuales el fin de la prevención es claramente manifiesto desde el punto de vista de la certeza, o en el del concordato de la quiebra (arts. 124 y sigtes., del decreto sobre la quiebra del 16 de marzo de 1942, n. 267) o preventivo (arts. 160 y sigtes., *ibi*), en los cuales el fin es igualmente manifiesto desde el punto de vista de la justicia: el pronunciamiento judicial de la interdicción o de la inhabilitación se requiere por la dificultad de verificar en cada

caso el hecho constitutivo de la incapacidad y la homologación del concordato tiende a su vez al control de la justicia del sacrificio, que la mayoría impone a la minoría de los acreedores. Asimismo, si los negocios indicados en el art. 320[2] del Cód. civ., en cuanto sean realizados en interés del menor por el progenitor que ejerce la patria potestad, deben ser autorizados por el juez tutelar, esta intervención tiende a verificar el requisito de la "necesidad o utilidad evidente" impuesto por la ley para que dichos negocios tengan eficacia; si la ausencia de una persona debe ser declarada por el juez (arts. 48 y sigtes., Cód. civ.), esto se exige, igualmente, para que los gravísimos efectos de la ausencia no se produzcan sin una verificación del hecho correspondiente; si el tribunal debe declarar la quiebra del comerciante que interrumpe sus pagos (arts. 5 y sigtes. del decreto del 16 de marzo de 1942, n. 267), la razón es siempre la misma. En todos estos casos garantizar la certeza o la justicia de las relaciones jurídicas es más bien el medio con el cual opera el proceso, y no el fin por el cual opera; se repite aquí, en orden a la investigación del fin del proceso voluntario, una reflexión ya hecha a propósito del proceso contencioso; que las relaciones jurídicas sean justas y ciertas, no es un bien en sí, sino una condición de la paz judicial, es decir, de la eliminación del inconveniente que la falta de certeza y la injusticia del derecho implican, inconveniente que, tarde o temprano, termina por provocar la explosión del conflicto de intereses en la litis, y aun cuando no la determine, es algo que, para el bien de todos, debe ser evitado; en este sentido, la prevención de la litis se inspira en la idea de una depuración del conflicto respecto de los gérmenes patógenos que pueden hacer que degenere en litis; por eso, mientras el proceso contencioso tiene carácter terapéutico, el proceso voluntario se encuadra entre las medidas de higiene social.

Aunque, como dijimos al principio, la noción de la jurisdicción voluntaria sea antigua, es más bien reciente la tentativa de descubrir su ámbito entero, y recentísima la de definir positivamente su función, lo cual explica que todavía no se haya creido hacer uso de ella en el campo de la legis-

lación: mientras que, así sea mediante la sustitución de la voz "causa" a la voz "litis", la fórmula del proceso contencioso se lee en el código con suficiente claridad, no ocurre lo mismo respecto del proceso voluntario, el cual ni se nombra siquiera; no obstante, sus especies principales están agrupadas y discretamente sistematizadas en los títulos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del libro cuarto, y constituyen la mayor parte de los *procedimientos especiales*, fórmula anodina bajo la cual se agrupan las figuras heterogéneas del proceso voluntario, del proceso de inyunción (*infra*, n. 40) del proceso cautelar (*infra*, n. 44) y del proceso posesorio (*infra*, n. 46); las denominaciones de los distintos títulos han sido tomadas de la diversa función del proceso; en el capítulo sexto del título segundo queda una huella de la antigua denominación "procedimiento en cámara de consejo", recabada, no de la función, sino de una nota estructural del procedimiento, referente a la falta del contradictorio.

19. NEGOCIO.

Cuando se dice que el proceso voluntario, opera, no en presencia, sino en prevención de la litis, queda por saber cuál es la realidad actual que constituye la materia de él. El concepto de esa realidad puede ser provechosamente indicado mediante la palabra *negocio*.

Esta palabra se usa frecuentemente en el habla común por los profanos y por los juristas, pero el concepto que trata de denotar, continúa siendo oscuro. Como casi siempre ocurre, es admirable la intuición del lenguaje: negocio (en italiano *affare* [*da fare*] es algo que debe ser hecho (*quid faciendum*); ciertamente la palabra italiana es más expresiva que el vocablo latino *negotium*, y más aún que el alemán *Geschäft*. En el campo jurídico lo que debe ser realizado es un acto relevante en orden a la tutela de un interés; puesto que una categoría grande de tales actos está constituida por los contratos, hay cierta sinonimia, en el lenguaje común, entre *negocio* (*affare*) y *contrato*, y también entre *negocio* (*affare*) y *negocio* (*negozio*); pero el significado de nego-

cio (*affare*) es más vasto, y por otra parte atañe, no tanto al acto realizado como al acto por realizar, es decir, en su devenir.

Negocio es, pues, un interés o *un grupo de intereses, respecto del cual se plantea, en el conflicto con uno o más intereses ajenos la exigencia del cumplimiento de un acto para su tutela según el derecho* (*negotium*, de *nec otium*).

20. SUJETO DEL NEGOCIO.

Sujeto del negocio es el sujeto del interés a cuya tutela se refiere el negocio.

Naturalmente, puesto que en sentido jurídico el negocio tiende a la tutela jurídica y ésta supone el conflicto de intereses, no hay negocio sobre cuyo fondo no pueda ser observado el conflicto: si se trata de una venta, el conflicto, entre vendedor y comprador, si de una transacción, entre los litigantes; si de una interdicción, entre el que debe ser declarado incurso en ella y todos aquellos que puedan encontrarse en conflicto de intereses con él; si de la internación de un menor en una casa correccional, entre el menor y el Estado, a quien apremia la buena educación de la juventud, etc. Por lo demás si uno o más conflictos de intereses constituyen necesariamente el presupuesto del negocio, éste, a diferencia de la litis, es esencialmente unilateral, puesto que se trata del cumplimiento de un acto en tutela de un interés, no de la prevalencia del uno sobre el otro: la compraventa, negocio bilateral, se resuelve en dos negocios (*affari*), uno respecto de cada una de las partes, y tanto es así, que uno de los dos puede ser bueno y el otro malo, y hasta, en rigor, si el uno es bueno, el otro tiene que ser malo.

Por consiguiente, si el primer elemento del negocio es necesariamente el sujeto, se trata de un solo sujeto, de donde resulta que es extraña al negocio la noción de parte, el sujeto de la acción en vez de la parte, es el interesado, es decir, la persona, física o jurídica, a quien pertenece el interés que se trata de tutelar. Ello no excluye que para el cumplimiento del negocio el proceso (voluntario) opere a veces mediante la

participación de otros interesados y, por tanto, puedan figurar en el proceso las partes (en sentido procesal; *infra*, n. 101); así ocurre, por ejemplo, en el proceso de interdicción o de inhabilitación (*infra*, ns. 921 y sigtes.), y no sólo en éste; pero sin que haya que confundir ni la litis ni el negocio, con el proceso, es decir el contenido con el continente, la dualidad de los sujetos de éste no excluye la unidad del sujeto de aquél.

Esto supuesto, en cuanto a todo lo demás que se refiera a la noción del negocio, remitimos al alumno a la noción del sujeto jurídico, que debe tomar de la teoría general del derecho.

21. OBJETO DEL NEGOCIO.

Si el elemento material del negocio es un interés, su objeto debe ser naturalmente, un bien; también a este propósito valen los principios ofrecidos por la teoría general del derecho acerca de la correlatividad entre bien e interés, por lo cual éste no puede existir sin aquél.

Objeto del negocio es, por tanto, todo ente que pueda ser objeto de relación jurídica, o como suele decirse, objeto jurídico, a propósito de lo cual remitimos a la teoría, no sólo de las cosas sino también de las personas, como objeto jurídico; por ejemplo, objeto del negocio que consiste en la internación de un menor descarriado en un instituto correccional (art. 319, Cód. civ.), es la persona misma del menor.

22. CAUSA DEL NEGOCIO.

Finalmente elemento causal del negocio es el interés o grupo de intereses que, mediante el acto que debe realizarse, se trata de tutelar: el interés en orden al goce del dinero que constituye el precio, si se trata de una venta, o de la cosa, si se trata de una compra; los intereses de los acreedores en tener cada cual la parte justa del patrimonio del deudor, si se trata de la quiebra o el interés en orden a la liberación del deudor cargado de deudas, si se trata del concordato; los in-

tereses comprendidos en el patrimonio de los incapaces, si se trata de interdicción o inhabilitación, etc.

Cuando para el cumplimiento del acto que debe modificar el régimen jurídico de un interés o de un grupo de intereses, se prescribe la intervención del juez o, en general, del oficio judicial, mediante la especie de proceso aquí considerado, son precisamente los intereses sujetos a mutación los que constituyen la causa de la respectiva demanda (*infra*, n. 350).

23. PROCESO VOLUNTARIO.

Verosímilmente el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de que el juez no decide entre dos litigantes y, por tanto, contra uno de ellos (*contra nolentem*), sino en relación a uno solo, que le pide que provea (*adversus volentem*); en este sentido, la denominación, si no es muy expresiva, tampoco es incorrecta, y, aunque sólo sea por la dificultad de encontrar una mejor, merece ser conservada, y hasta extendida por la jurisdicción al proceso, ya que voluntario puede ser, no sólo el proceso de cognición sino también el proceso ejecutivo, e incluso el proceso cautelar: en un principio yo mismo puse un ejemplo de proceso ejecutivo voluntario en la llamada *purgación de las hipotecas* (ahora proceso de *liberación de los inmuebles de las hipotecas*; arts. 792 y sigtes.); después reconocí el mismo carácter al proceso de quiebra (arts. 5 y sigtes. del decreto del 16 de marzo de 1942, n. 267); agrego ahora que una especie de ejecución procesal voluntaria por transformación (*infra*, n. 39) debe contemplarse en la rectificación del documento falso o en la reconstrucción del documento suprimido (art. 227[2]; art. 481, Cód. proc. pen.); por otra parte, el proceso de interdicción y de inhabilitación presenta una fase cautelar, en lo que respecta al nombramiento del administrador provisional (art. 419, Cód. civ.; art. 717; *infra*, n. 921); una observación análoga puede hacerse en cuanto al proceso de ausencia (art. 50, Cód. civ.; art. 725; *infra*, ns. 915 y sigtes.) o en cuanto al proceso de separación de personas (art. 708[3]; *infra*, n. 926).

El campo del proceso voluntario es de una extensión casi ilimitada, y todavía, por lo menos en lo que respecta a su sistematización en el orden de la ciencia procesal, casi totalmente desconocida: el lector verá a continuación cómo, no sólo la fórmula del proceso voluntario no ha sido recogida jamás en el código (*infra*, n. 907), sino, hasta las normas que están agrupadas en torno a él en su libro cuarto, mientras se mezclan con otras referentes a diversos tipos de proceso, no atañen más que a una parte de los casos en que el proceso voluntario está previsto por la ley. Estas observaciones aparecerán más claras cuando, en la última parte de este libro, a fin de sistematizar las normas referentes al procedimiento relativo a este tipo de proceso, se intentará una clasificación de ellas (*infra*, n. 907).

24. PROCESO DE ESTADO [2].

Una categoría que presenta para la doctrina del proceso voluntario singulares dificultades, es la de los negocios relativos al *status*. Este es otro punto acerca del cual el estudio del derecho procesal exige una preparación de teoría general a propósito del concepto de *status* del cual sólo podemos decir aquí que consiste en un *conjunto de relaciones vinculadas por la identidad del título o del objeto* (*supra*, n. 15), es decir, del hecho (jurídico), de donde provienen, o del efecto (jurídico) en que se traducen. El tipo más conocido del *status*, a que aquí nos remitimos, no sólo porque permite al alumno una mejor comprensión de la idea, sino también porque tiene las más conocidas aplicaciones procesales, es el *status familiae*, tanto desde el punto de vista del *matrimonio*, como desde el de la *filiación*.

El problema técnico del *status* está en que el hecho relevante en orden al *status* repercute su efecto en un área más vasta, que respecto de una relación singular; ésta es, entre

[2] CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 176; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Soc. ed. libraria, 1911, pág. 91; RASELLI, *Del concetto di status e della sue applicazioni nel diritto processuale*, Siena, *Circolo giuridico*, 1925.

otras, la razón en virtud de la cual, no sólo los requisitos en el matrimonio están rigurosa y casi meticulosamente establecidos, sino también de que esté prevista una declaración constitutiva respecto de él (*infra*, n. 924), en el sentido de que los efectos del matrimonio no se producen, como los de la compraventa, en virtud de la sola declaración de las partes, sino que debe concurrir para ello el oficial del estado civil; ésta es incluso la razón más profunda de la indisolubilidad misma del matrimonio; la verdad es que ser esposo o esposa quiere decir, a la vez, ser padre o madre de los hijos nacidos del matrimonio, abuelo o abuela de los hijos de los hijos, y así sucesivamente, así como ser hijo o hija quiere decir ser hermano o hermana y así sucesivamente todavía. De ello derivan, en cuanto al contenido y, por tanto, a la naturaleza del proceso, dos consecuencias que deben tomarse en cuenta; la primera, que el acuerdo entre los dos sujetos de una relación, si bien tratándose de una relación simple o aislada sería eficaz para modificarla, en cambio, cuando la relación está vinculada a otras en un *status*, no vale para ese fin si no se le agregan intervenciones o controles lo mismo que en orden a su constitución; la segunda, que el desacuerdo entre esos mismos sujetos, es decir, la litis entre ellos, no basta para atribuir el carácter de contencioso al proceso dirigido a componerla, sino que deben tomarse en cuenta los intereses vinculados, respecto de los cuales, evidentemente, el proceso tiene la función preventiva propia del proceso voluntario. Trasladando estas reflexiones del plano general al plano particular del matrimonio, el alumno puede así comprender, ante todo, por qué mientras un vendedor y un comprador pueden por sí solos modificar el régimen de su relación, no pueden hacerlo así un esposo y una esposa, los cuales, si quieren separarse, aunque estén de acuerdo tienen que dirigirse al tribunal; en segundo lugar, porque el proceso entre un esposo y una esposa, cuando están en desacuerdo acerca de vivir unidos o separados, o también acerca de si son en verdad esposo y esposa, es decir, acerca de la validez del matrimonio, no tiene el mismo carácter que el proceso que se hace a fin de dirimir la litis entre el vendedor y el comprador, y la diferencia está,

precisamente, en que mientras en este segundo sólo se deduce la relación entre los litigantes, en el primero quedan comprometidas también otras relaciones entre los litigantes y personas extrañas a la litis. Técnicamente, esta verdad se expresa diciendo que *el proceso de estado, por una parte, se hace aun sin litis; y por otra, aunque haya litis, se lo hace, no sólo a fin de componerla, sino a fin de administrar un negocio complejo (relativo al status), del cual la litis es uno de los componentes.* Por tanto, el proceso de estado, aunque tenga el aspecto de un proceso contencioso, tiene siempre la sustancia del proceso voluntario.

SUBTITULO TERCERO

DEL PROCESO PENAL [1]

25. PROCESO CIVIL Y PROCESO PENAL.

Pertenece a la experiencia común, no sólo la distribución, sino la separación del proceso civil respecto del proceso penal, que culmina en la existencia de dos códigos, uno de los cuales está dedicado al primero y otro al segundo. Por lo demás con el progreso de los estudios, primero los cultivadores del derecho procesal civil, y luego también los del derecho procesal penal, han tratado de hacerse cargo de las posiciones respectivas de ambos procesos, con el resultado inevitable, aunque ciegamente negado por algunos, de haber iniciado, si no ya cumplido, la construcción de una *teoría general del proceso.*

No sólo a este fin, que trasciende los límites de este libro, sino también para el mejor esclarecimiento de la figura del proceso civil, es necesario conocer los caracteres funcionales y estructurales del proceso penal, en los cuales está la razón de la distinción. Por esta breve indagación quedará aclarado cómo el proceso penal ocupa una posición intermedia entre el proceso contencioso y el proceso voluntario, para el reconocimiento de lo cual me ha sido posible agregar, después de haberlo afirmado decididamente, que también el proceso penal

[1] CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 141; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 111; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, págs. 27 y sigtes.; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 114; REDENTI, *Profili*, pág. 149; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 208; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, Jovene, 1931, pág. 3; LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, pág. 5; SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 1953; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 26.

opera en orden a la composición de una litis; algunas de las objeciones opuestas a este punto de vista, me han inducido a modificarlo, liberando el núcleo de verdad de las escorias de un error.

26. FUNCION DEL PROCESO PENAL.

La teoría general del derecho distingue las sanciones impuestas en garantía del precepto, en dos categorías: *preventivas* y *represivas*; y las sanciones represivas, en dos especies: *restitución* y *pena*; puesto que esta última se denomina *sanción penal,* la otra, por contraposición toma el nombre de *sanción civil,* pero pronto veremos que esta distinción no corresponde exactamente a la existente entre restitución y pena. El acto que reclama la sanción penal, toma el nombre de *acto ilícito penal*; la más importante categoría del acto ilícito penal es la del delito (*reato*).

También en orden a la aplicación de la sanción penal se dan fenómenos análogos a los que se observan en cuanto a la sanción civil; en particular se observa la existencia de la *pretensión*: cuando a alguien se lo imputa de haber cometido un delito, ello no significa sino que alguien pretende que se lo someta a la pena; hay en ello un conflicto entre su interés y un interés contrario (público), que es el interés en la actuación de la sanción, sin lo cual la sanción no serviría para imponer el precepto, y en ese conflicto alguien hace valer una exigencia a la subordinación del interés opuesto al interés del Estado, exigencia que no es ni puede ser más que una pretensión. Se perfila así la figura de la pretensión *penal* o *punitiva.*

Esta figura presenta ciertas notas singulares. Por una parte, puesto que la pena no tiene carácter (por lo menos directamente) satisfactivo del interés lesionado, no siempre el sujeto de tal interés se ve estimulado a hacerla valer: el robado, si no tiene esperanza de obtener la restitución o el resarcimiento del daño, a menos que ceda al deseo de venganza, no se mueve para obtener la persecución penal del ladrón. Por otra parte, la gravedad de la sanción penal no

permite que se atribuyan a la pretensión penal del sujeto del interés lesionado efectos análogos a los que produce su pretensión civil: si yo pido la restitución de una cosa que me fue arrebatada, ello basta para que el juez tenga que intervenir; pero si pido, en cambio, que quien me la ha quitado sea castigado, nadie ignora que el juez no se mueve mientras el requerimiento no sea hecho por el propio ministerio público. Finalmente, la misma gravedad excluye que la aquiescencia del sujeto pasivo de la pretensión penal produzca efectos análogos a los de la aquiescencia a la pretensión civil; si aquel frente al cual se pretende la restitución de una cosa, no se opone a la restitución, falta la litis y, por tanto, el juez no tiene razón para decidir; pero aunque aquel frente al cual se propone la pretensión penal se adhiera a ella, el juez debe intervenir, sin embargo, y sólo cuando él haya juzgado que se ha cometido un delito, puede aplicarse la pena.

De estas observaciones se infiere que, cuando se trata de aplicación de la sanción penal, la función del proceso es distinta de la función de la composición de la litis; más exactamente, no se trata de la composición de una litis, sino de la verificación de una pretensión, a saber, de la pretensión penal o punitiva, verificación a la cual se debe proceder aunque esa pretensión no encuentre resistencia. La existencia de la pretensión aproxima el proceso penal al proceso contencioso más que al proceso voluntario; pero esta semejanza se advierte más en la superficie que en el fondo. Ya la observación de que en el proceso penal, frente al imputado está el ministerio público, quien no se halla, como más adelante lo veremos (*infra*, n. 197), en el mismo plano, es decir, no tiene una posición análoga a la de una parte frente a la otra en el proceso civil, por lo cual a la verdad el proceso penal presenta una sola parte en sentido material (*supra*, n. 6), induce a colocarlo más cerca del proceso voluntario que del proceso contencioso. Todavía más convincente en este sentido es la investigación acerca de la función de la pena, la cual es, a la vez, preventiva y represiva, y consiste, en primer lugar, en la liberación del reo del mal que ha co-

metido y puede todavía cometer; pues bien, siendo esa liberación un interés, y hasta el supremo interés del reo, la pretensión penal, a diferencia de la pretensión civil, tiende a subordinar un interés del imputado, no a un interés ajeno, sino a otro y superior interés de él mismo. De aquí que el contenido del proceso penal sea más bien un negocio que una litis, puesto que no hay razón para limitar el concepto de negocio, en su pureza, al exclusivo campo de los intereses económicos; por lo demás, la semejanza del proceso penal, con el proceso de estado, y en particular con el proceso de interdicción y de inhabilitación, salta a la vista. Pero lo diferencia del proceso civil, incluso del voluntario, su más verdadera función, que no tanto está ligada a un conflicto de intereses actual (litis) que reprimir o precaver, cuanto a una condición del hombre, que debe modificarse por medio de la pena; aquí, junto a la analogía, aflora la diferencia entre el proceso penal y el proceso civil de interdicción y de inhabilitación, puesto que este último, según ya lo hicimos notar, no tiende más que a declarar la certeza de la incapacidad de un hombre, mientras que el proceso penal, declarada la certeza, por medio del delito, de una anomalía en la estructura moral de quien lo cometió, tiende a eliminarla.

La diferencia, por tanto, entre el proceso civil y el proceso penal responde a la diferencia entre los dos tipos elementales de sanción jurídica, que son la *restitución* (sanción *civil*) y la *pena* (sanción *penal*), la primera de las cuales opera en el campo económico y la segunda en el campo moral. En cambio, no existe entre las dos la antítesis que antiguamente se ponía en el sentido de que sólo el proceso penal comprometa el interés público, mientras que en el proceso civil no estén comprometidos más que los intereses privados, aun prescindiendo de la observación de que uno de los intereses en conflicto en el proceso civil puede ser, y no pocas veces lo es, un interés público, como ocurre cuando litiga el Estado u otra persona pública, la verdad es que la justa composición de la litis es siempre un interés público, por lo cual el fin del proceso civil no es menos público que el del proceso

penal; la fórmula moderna es que el proceso civil se hace, no para dar razón a quien la quiere, sino para dar razón a quien la tiene, y dar razón a quien la tiene *interest reipublicae,* como aplicar la pena a quien la merece; el fin del proceso civil, es, pues, un fin de justicia, al igual que el del proceso penal, y es tan público como el fin del derecho: la diferencia de finalidades entre los dos tipos de proceso existe, pero dentro de los límites más modestos que más adelante trataré de aclarar.

27. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL.

A la diferencia de función recién descrita corresponde, entre el proceso penal y el proceso civil, una profunda diferencia de estructura, que constituye la diversidad visible entre ellos. Esa diferencia atañe, ante todo, a la estática procesal (*infra,* n. 98), y en especial, a la naturaleza y a los poderes de las partes; en el proceso penal la figura de primer plano es el ministerio público, el cual en el proceso civil tiene sin comparación menor importancia; correlativamente, al imputado le corresponde una posición un tanto diversa de aquella de la parte en el proceso civil, y al defensor un carácter y un oficio distintos de los que se le reconocen en el proceso civil. No hay necesidad de agregar que de esta diferencia correspondiente a la estática procesal depende una dinámica igualmente diferenciada, en razón de lo cual ambos procesos se han separado en la técnica y en la ciencia.

No se crea, sin embargo, que respecto de cualquier pretensión punitiva opere el proceso penal; de ordinario es así, pero hay penas a cuya aplicación se provee, no tanto mediante el proceso civil cuanto sin el proceso penal; tales son entre otras, las penas pecuniarias establecidas, para ciertas infracciones de obligaciones procesales, por el mismo Código de procedimiento civil (ejemplo: art. 54[3]).

25. RELACIONES ENTRE PROCESO PENAL Y PROCESO CIVIL (2).

La separación técnica del proceso penal respecto del proceso civil no está, sin embargo, tan acabada, que no deban existir entre ellos interferencias. Siendo el delito un ilícito de sanción múltiple, en el sentido de que sujeta a quien lo cometió no sólo a la pena, sino a la restitución y al resarcimiento del daño (art. 185, Cód. pen.), si el proceso penal sólo operase en orden a la aplicación de la pena, se seguiría de ello una concurrencia entre ambos procesos perjudicial a la economía y a la certeza, por la posibilidad de que, mientras en el uno la existencia del ilícito a los fines penales queda afirmada, en el otro se la niegue, en cambio, a los fines civiles o viceversa. Por otra parte, siendo el delito violación de un deber, la declaración de su certeza implica una declaración de certeza del deber violado, al cual, cuando sea discutida su existencia, puede ser más idónea la estructura del proceso civil; por ejemplo, si el imputado de hurto afirma, no sólo que no tomó la cosa, sino que tiene la propiedad de ella, acerca de esa cuestión se puede obtener más seguramente la decisión con los medios del proceso civil. Según estas razones, la concurrencia entre los dos procesos se disciplina del modo siguiente.

a) Si para la declaración de certeza del delito surge una cuestión relativa a la existencia del deber cuya violación constituye el delito (la llamada *prejudicial civil*), se da para su solución la preferencia al proceso civil. Por tanto, cuando esa cuestión haya sido ya resuelta mediante el proceso civil, la solución vincula al juez penal (arg. de los arts. 19 y sigtes., Cód. proc. pen.); en cambio, cuando no haya sido resuelta, el juez penal debe, si se trata de una cuestión de estado, o puede, en los demás casos, remitir su solución al juez civil, suspendiendo, entretanto, el proceso penal (*ibi*).

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 142; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 99; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 211; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 103; LEONE, *Lineamenti di dir. proc. pen.*, pág. 171; SANTORO, *Manuale di diritto proc. pen.*, págs. 109 y 162; LEVI, *La parte civile nel processo penale italiano*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1936; PENSO, *Il responsabile civile nel proceso penale*.

b) La declaración de certeza del ilícito penal vale también a los fines de las sanciones civiles (arts. 25 y 27, Cód. proc. pen.; *infra,* n. 97); por eso se da facultad a la parte interesada en la aplicación de tales sanciones (*parte lesionada*) para intervenir en el proceso penal mediante la llamada *constitución de parte civil* (arts. 91 y sigtes., Cód. proc. pen.) y para hacer que intervenga en él quien deba responder civilmente del ilícito penal ajeno (*responsable civil*; arts. 107 y sigtes., Cód. proc. pen.) y se atribuye al juez, cuando pronuncia sentencia de condena, la potestad de proveer sobre las demandas propuestas por la parte civil contra el imputado o contra el civilmente responsable (art. 489, Cód. proc. pen.).

TITULO SEGUNDO

DEL PROCESO DE COGNICION O DE EJECUCION

29. FUNCION COGNITIVA O EJECUTIVA DEL PROCESO.

La clasificación del proceso bajo un segundo aspecto se funda en la diferencia entre *declaración* y *actuación* de las relaciones jurídicas: hay casos en que basta que una relación sea declarada para que se logren los fines del derecho, y otros en los cuales es necesario, en cambio, que se actúe, esto es, que se ajuste a la situación jurídica la situación material; en el primer caso, el proceso tiende a *declarar lo que debe ser,* en el segundo, a *obtener que sea lo que debe ser.*

Estas dos hipótesis pueden darse tanto respecto del proceso contencioso como del proceso voluntario, y también respecto del proceso penal.

En cuanto al proceso contencioso, la distinción se funda en la diferencia entre *litis de pretensión discutida* y *litis de pretensión insatisfecha* (*supra,* n. 5); para componer el primer tipo de litis basta que se sepa si a la pretensión corresponde o no el derecho; para componer la litis del segundo tipo, es necesario, en cambio, que se elimine la lesión de la pretensión, esto es, que se satisfaga el interés correspondiente.

En cuanto al proceso voluntario, la distinción se funda en la naturaleza del negocio, en cuanto la tutela del interés exija solamente la constitución o exija, en cambio, la actuación de una situación jurídica: para reprimir la mala conducta de un menor puede bastar la orden judicial de internación en un instituto correccional (art. 319, Cód. civ.) o también ser necesaria su conducción forzada a él; para vigilar

la buena administración de su patrimonio, puede bastar la autorización del juez tutelar para la venta de sus bienes (arts. 320, 375, Cód. civ.), pero puede también ser necesario que el oficio judicial ejecute la venta (art. 733).

Finalmente, en cuanto al proceso penal, es necesario, pero no suficiente, que se constituya la sujeción de quien ha cometido un delito, a la pena; ello no serviría de nada, o serviría de poco, si dicha sujeción no viniera a ser una realidad mediante el castigo efectivo.

Sobre esta base se funda la clasificación del proceso en *proceso declarativo* y *proceso ejecutivo*; un tipo intermedio entre ambos es el *proceso de inyunción*.

SUBTITULO PRIMERO

DEL PROCESO DE COGNICION

30. COGNICION PROCESAL (1).

Si concierne únicamente a la existencia de una relación jurídica, el proceso se resuelve en un *juicio*: se trata de saber si una relación jurídica existe ya, o si debe ser constituida; para ello hay que *juzgar*. A tal fin opera el *juez*, y al tipo de proceso que a ello corresponde se le da también el nombre de *juicio*. Puesto que este tipo de proceso ha sido durante mucho tiempo el que mejor se conocía, por no decir el único conocido, el concepto de juicio ha absorbido el de proceso, y hasta en lugar de derecho *procesal* se decía, y todavía se dice, derecho *judicial* (*supra*, n. 1).

El juicio es necesario, pero puede no ser suficiente a ese fin. Si la litis tiene su raíz puramente en una divergencia de opiniones, puede bastar una consulta para poner de acuerdo a los litigantes. No es un caso del todo raro que la intervención de un jurisperito, o en general de un consultor, logre evitar el proceso.

Pero, como las diversas opiniones son fomentadas por los intereses contrarios, por lo común el juicio no vale si no

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, págs. 1 y sigtes.; REDENTI, *Profili*, págs. 37 y sigtes.; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 132; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 58; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 14; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 23; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 203; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 390; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 47; LUGO, *Manuale di diritto proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 1955, pág. 8; LIEBMAN, *Lezioni di diritto proc. civ.*, I, pág. 34; ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1906; SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, 5ª ed., Padova, Cedam, 1954, pág. 360; SEGNI, *Giurisdizione civile*, en *Nuovo digesto italiano*.

es imperativo. Por eso, el juez no es solamente el que juzga, sino también el que manda; en definitiva aquel cuyo juicio tiene la eficacia del mandato. Esta sustancia de la función se expresa en la fórmula *ius dicere,* que es más que *dicere rationem*; el sustantivo de esta fórmula es *iurisdictio* o *jurisdicción,* literalmente es, por tanto, la función que se ejerce mediante la *declaración imperativa de las relaciones jurídicas.* Según esta acepción literal y estricta, no habría que admitir equivalencia entre función procesal y función jurisdiccional, ya que esta última no agotaría el campo de la primera; pero habría que distinguir, según lo he hecho yo en las ediciones anteriores de esta obra, entre el proceso de cognición como proceso *jurisdiccional* y el proceso *ejecutivo.* Pero una ulterior meditación me ha persuadido a abandonar esta terminología, ya porque es contraria a un modo de expresión consagrado por un uso que se impone y está adoptado por la ley (cfr. la rúbrica del título IV del último libro del Código civil, donde se llama *jurisdiccional* también a la tutela de los derechos obtenida mediante la ejecución forzada), ya porque la palabra *jurisdicción,* en el sistema de las fuentes del derecho, denota, no tanto la declaración en contraposición a la actuación del derecho, cuanto un modo de su producción, distinto por la colaboración de las partes con un tercero imparcial, según se verifica, no sólo en la fase cognitiva, sino también en la ejecutiva del proceso. Prefiero, pues, abandonando una tentativa frustrada, volver a tomar la acostumbrada terminología, a fin de conseguir una más eficaz representación de la realidad.

El proceso de cognición puede ser tanto contencioso (*supra,* n. 17) como voluntario (*supra,* n. 23), tanto definitivo (*infra,* n. 43), como cautelar (*infra,* n. 44); la existencia de un proceso de cognición voluntario es reconocida comúnmente con la fórmula de la jurisdicción voluntaria (*supra,* n. 18); la existencia de un proceso de cognición cautelar se aclara reflexionando, que, por ejemplo, también la providencia que ordena un secuestro, declara una situación jurídica consistente en la sujeción del secuestrado a la potestad del secuestratario.

11. PROCESO DISPOSITIVO (2).

Puede ocurrir que el derecho objetivo, tal como existe en un determinado momento, no contenga la norma para la regulación del conflicto de intereses a que se refiere el proceso contencioso, o para la tutela del interés a que se refiere el proceso voluntario. Esta hipótesis es relativamente rara, no ya porque un ordenamiento jurídico, pueda ser construido de modo que estén en él previstos todos los casos, sino porque los ordenamientos jurídicos en general, y el ordenamiento italiano en especial, proveen a la integración de las lagunas mediante dispositivos que permiten encontrar la norma necesaria para todos los casos; tales disposiciones tienen su clave en la analogía. Acaece también, si bien raramente, que respecto de un caso no previsto la ley consienta al juez su regulación, no *según el derecho,* sino *según equidad,* lo cual quiere decir tomar el respectivo precepto de la ética, en vez de tomarlo de la ley.

Puede ocurrir también que, aunque un caso esté previsto o sea previsible por una norma jurídica, otra norma consienta, en consideración a particulares razones, que la litis sea decidida por el juez *según equidad,* esto es, como lo haría si fuese legislador. Ello puede ocurrir como *ampliación* o como *limitación de la autonomía de las partes.* En el primer sentido, reflexiónese acerca de los arts. 114 y 822, según los cuales pueden las partes atribuir al juez ese poder. En el segundo tenía considerable relieve teórico el poder de equidad reconocido a la magistratura del trabajo para decidir acerca de "nuevas condiciones de trabajo" (art. 409[1], n. 2), esto es, acerca de la *formación del reglamento colectivo del trabajo*; había casos en que un reglamento colectivo sólo podía formarse mediante el contrato, y había otros en que su forma-

(2) CARNELUTTI, *Sistema,* I, pág. 133; CARNELUTTI, *Teoria generale,* págs. 59, 90, 154; BETTI, *Diritto proc. civ.,* pág. 21; CALAMANDREI, *Istituzioni,* I, pág. 90; JAEGER, *Diritto proc. civ.,* pág. 103; ROCCO, *Corso di teoria e pratica* pág. 244; LIEBMAN, *Lezioni,* I, pág. 42; CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto,* Padova, Cedam, 1937, pág. 135; CALAMANDREI, *Studi,* II, 1930, pág. 1; RASELLI, *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze,* en *Studi in onore di F. Carnelutti,* II, Padova, Cedam, pág. 565.

ción, por el contrario, no estaba reservada a la autonomía de las partes (categorías), sino que se la podía obtener también por medio del proceso; precisamente bajo este aspecto se distingue el reglamento colectivo de las *relaciones de colaboración* (de trabajo), del reglamento colectivo de las *relaciones de concurrencia*; éste, en la última fase del desenvolvimiento del principio corporativo sólo se podía obtener mediante el consenso de las partes (categoría), esto es, por medio del contrato, que la ley llamaba impropiamente *acuerdo económico* (art. 409[1], n. 3), siendo así que era también él un verdadero y propio contrato colectivo; el primero podía, en cambio, ser constituido también por el juez (art. 409[1], n. 2); por eso, mientras en cuanto a las litis colectivas de concurrencia el proceso no podía ser más que declarativo (art. 409[1], n. 3), en cuanto a las litis colectivas de colaboración (de trabajo), podía ser tanto declarativo (art. 409[1] n. 1) como dispositivo (art. 409[1], n. 2). Por lo demás, ahora debe considerarse la abrogación implícita de estas normas a consecuencia de la supresión de las asociaciones profesionales que eran el eje del ordenamiento corporativo (decreto-ley del 23 de noviembre de 1944, n. 369). Ejemplares de proceso dispositivo de este tipo se encuentran también en el campo de las litis singulares, respecto de las cuales si nunca se consiente al juez que sustituya el contrato por la sentencia, es decir que constituya una relación, por ejemplo, de trabajo o de obra, se le reconoce, en cambio, el poder de integrar el contrato mediante el establecimiento de la remuneración (cfr. arts. 2099[2], 2225, 2233[1], Cód. civ.).

Cuando de este modo se le reconoce al juez una potestad *discrecional*, en vez de *vinculada* (*infra*, n. 191), la jurisdicción se resuelve, no tanto, en *constituir* una relación jurídica en vez de en *declararla*, simplemente, cuanto en constituir el *mandato jurídico mismo* del cual deriva la relación; en otras palabras, para la composición del conflicto de intereses deducido en el proceso, no preexiste en tal caso al mandato pronunciado por el juez en ejercicio de la jurisdicción ningún otro mandato, o si preexiste, no funciona, por lo cual el

proceso culmina la formación de un *mandato autónomo* y toma el nombre de *proceso dispositivo.*

Las hipótesis de proceso dispositivo *ex lege* para la jurisdicción contenciosa son, como dijimos, muy raras; ello es el reflejo de una tendencia de los ordenamientos jurídicos modernos, que exageran la regulación legal de los conflictos y restringen excesivamente la potestad discrecional del juez; un ejemplo de ello se puede encontrar en el art. 912 del Cód. civ., en materia de conflictos entre propietarios agrícolas acerca del uso del agua que puede ser útil a sus fundos; otro ejemplo más importante lo ofrece el art. 1374 del Cód. civ., el cual permite al juez regular según equidad los conflictos de intereses entre contratantes, cuando no estén previstos por el contrato, por la ley o por la costumbre. Un índice de la simpatía que la práctica demuestra hacia el juicio de equidad lo constituye el exuberante desarrollo del arbitraje *por amigables componedores* (*infra,* n. 62); antiguamente, las partes solían sustituir a menudo el juez ordinario por el árbitro únicamente y sobre todo porque al juez ordinario no le estaba concedido juzgar según equidad. Tomándolo ahora en cuenta, se admite que el juez decida "el fondo de la causa según equidad cuando se refiera a derechos disponibles de las partes y éstas le hagan petición concorde" (art. 114); la potestad discrecional del juez está limitada al juicio de las cuestiones de mérito (*supra,* n. 13) relativas a intereses cuya tutela depende de la voluntad de las partes y subordinadas al acuerdo de ellas. En tal caso se podrá hablar provechosamente de *proceso* (*contencioso*) *dispositivo facultativo.*

El tipo dispositivo se da también respecto del proceso voluntario, pero es tan raro como respecto del proceso contencioso; en general la jurisdicción voluntaria se resuelve en el ejercicio de una potestad vinculada, en vez de ser discrecional (*infra,* n. 191), si bien frecuentemente el vínculo haya sido establecido mediante fórmulas tan elásticas que puede ser más nominal que real; un ejemplo de jurisdicción voluntaria dispositiva se puede ver en el art. 319 del Cód. civil.

El proceso dispositivo está en cambio, excluido en cuan-

to a la jurisdicción penal, en la cual no sólo el juez debe juzgar según la ley, sino que hasta se excluye la analogía; una potestad discrecional le está, sin embargo, reconocida, dentro de los límites fijados por la ley, en la determinación de la pena (art. 132, Cód. pen.).

32. PROCESO DE DECLARACION DE CERTEZA (3).

Cuando está vinculada (*infra*, n. 191) la jurisdicción se resuelve en la verificación de los datos de derecho y de hecho relevantes en orden a una relación jurídica, esto es, de los preceptos y de los hechos de los cuales depende su existencia o inexistencia; según los resultados de esa verificación, el juez declara que la situación existe o bien que no existe.

Dicha verificación, cuando la hace el juez con carácter oficial y con eficacia imperativa, toma el nombre de *declaración de certeza*; de ahí que, en el seno del proceso de cognición, la antítesis del *proceso dispositivo* la constituye el *proceso de declaración de certeza*. También mediante el proceso dispositivo declara el juez una relación jurídica; pero en tal caso su declaración constituye la relación misma, mientras que en el caso contrario no hace más que declararla cierta. El alumno que quiera dominar mejor esta distinción fundamental, deberá informarse en teoría general acerca de los conceptos de *norma* y de *mandato jurídico*, así como de *aplicación* y de *declaración de certeza* de la norma, y mediante ello hacerse cargo de la diferencia entre el mandato jurídico *autónomo* y el mandato jurídico *complementario*; el mandato pronunciado por el juez mediante el proceso de declaración de certeza es un mandato complementario: el juez no manda lo que ya está mandado por la ley, sino que manda que el mandato de la ley se aplique al caso deducido en el proceso.

(3) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 136; CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 83, 92, 211, 370; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 178; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 23; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 88; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 129; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 15; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 203; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 99; LUGO, *Manuale*, pág. 9; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 44.

La declaración de certeza consiste, pues, en la declaración imperativa de que ha ocurrido un hecho al cual vincula la norma jurídica un efecto jurídico. El fundamento teórico de esta noción está en la teoría de los hechos jurídicos, o más ampliamente, de las mutaciones jurídicas, que es una parte muy importante de la teoría general del derecho.

Puede ocurrir que sea suficiente para componer la litis la declaración de que de un determinado hecho jurídico se sigue una determinada relación jurídica. En tal caso se habla de proceso de *mera declaración de certeza.*

Puede ocurrir, en cambio, que según la ley, de un hecho jurídico no se siga la relación sino en cuanto ese mismo hecho sea declarado cierto por el juez; en tal caso, en lugar del proceso de mera declaración de certeza, se da el proceso de *declaración de certeza constitutiva.*

Puede ocurrir, finalmente, que para componer la litis no baste la declaración de una relación jurídica, sino que sea necesaria la aplicación de una sanción; en este último caso, al proceso declarativo se le da el nombre de proceso de *condena.* Cuando, no habiendo vencido la deuda, el aparente deudor niegue la existencia de ella, puede bastar que el juez la declare cierta; si, después del vencimiento, él no paga, lo que se necesita es la declaración de certeza, no ya de la deuda, sino de la responsabilidad de quien debe pagarla y no la pagó. También para llegar a dominar esta distinción, necesita el alumno tomar de la teoría general nociones exactas acerca de la relación jurídica y de su clasificación.

Estas distinciones se combinan entre sí; por ello, en particular se distingue la *condena simple* de la *condena constitutiva*; esta segunda figura se da cuando la aplicación de la sanción depende, no sólo de los hechos declarados ciertos en el proceso, sino también de su misma declaración de certeza; bajo este aspecto debe apreciarse la diferencia entre *condena civil* y *condena penal*; esta última es siempre una *condena constitutiva* en el sentido de que no puede existir responsabilidad penal si no es judicialmente declarada, y puede haber también una *condena dispositiva,* en cuanto la medida de la

pena dependa de la potestad discrecional del juez (*supra*, n. 31).

33. PROCESO DE MERA DECLARACION DE CERTEZA (4).

Hay proceso de mera declaración de certeza cuando *la existencia de la relación declarada por el juez es independiente de esa su declaración*: si alguien discute mi propiedad sobre un fundo determinado y el juez la declara, la propiedad existe después de dicha declaración tal como antes existía. En tal caso, el proceso opera, no sobre la existencia de la situación, sino sobre su certeza, por cuanto la declaración del juez *convierte la norma jurídica en precepto relativo al caso deducido en el proceso*; aunque mi propiedad existiera también antes de ser declarada judicialmente, existía antes en virtud de una norma y después en virtud de un precepto específico, que elimina toda incertidumbre acerca de su existencia.

Esta observación, sin embargo, no debe tomarse a la letra, como si no hubiera declaración de certeza sino cuando esté excluida cualquier incertidumbre en torno a una relación jurídica; por el contrario, la declaración de certeza opera siempre que sirva para disipar una razón de incertidumbre, aunque puedan persistir otras. Bajo este aspecto cabe distinguir la declaración de certeza *total* de la declaración de certeza *parcial*; sólo la primera resuelve todas las cuestiones (*supra*, n. 13) de las cuales depende la certeza de la relación. La llamada declaración *condicional* de certeza es una especie de declaración de certeza parcial, en la cual la existencia de la relación jurídica se hace depender de una cuestión no todavía resuelta en el acto de su pronunciamiento.

La declaración de certeza de una situación jurídica puede pedirla tanto quien *pretende* como quien *discute* su existencia; por ejemplo, el propietario de un fundo puede accionar para la declaración de certeza de una servidumbre a cargo del

(4) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 191; REDENTI, *Profili*, pág. 66; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 149; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 203; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 99; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 238; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 129; CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1933, I, pág. 3.

fundo de un vecino, y éste la niega, o bien, el vecino puede accionar a fin de que se declare cierta la libertad de su fundo respecto de la servidumbre que constituye objeto de la pretensión del otro. Según una u otra hipótesis, se habla de declaración de certeza *positiva* o *negativa*.

La jurisdicción de mera declaración de certeza se ejerce únicamente en el proceso contencioso (para la composición de una litis de pretensión discutida); no hay ejemplos de mera declaración de certeza en el proceso voluntario ni en el proceso penal: no la hay en el primero, porque la tutela del interés a que se refiere el negocio, exige que el efecto jurídico dependa de la providencia del juez (por ejemplo, si la venta de un bien del menor fuese eficaz aun antes de la autorización judicial, ésta no tendría razón de ser); no lo hay en el segundo, porque, según dijimos (*supra*, n. 26), la responsabilidad penal no nace si no es declarada judicialmente.

34. PROCESO DE DECLARACION DE CERTEZA CONSTITUTIVA (5).

Hay jurisdicción de declaración de certeza constitutiva cuando *la existencia de la relación jurídica judicialmente declarada depende de la declaración judicial, la cual, por tanto, forma un fallo constitutivo de ella.* En el proceso de nulidad de un contrato, la declaración de certeza es mera, porque la validez o la nulidad existe exactamente igual antes o después del juicio; en el proceso de separación conyugal, la declaración de certeza es constitutiva porque la modificación del régimen matrimonial denotada mediante la fórmula de la separación no puede constituirse sin el juicio (aunque no lo diga expresamente la ley, la necesidad del pronunciamiento judicial va implícita en la fórmula del art. 150 del Cód. civ., según la cual el cónyuge no tiene derecho a la separación, sino "derecho a pedirla", *scilicet* al juez); y es análoga la

(5) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 143; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 178; REDENTI, *Profili*, pág. 71; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 104; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 104; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 204; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 51; CALAMANDREI, *Studi*, I, 1930, pág. 231.

diferencia entre la declaración de certeza de un contrato definitivo o de un contrato preliminar cuando se requiera "una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido" (art. 2932, Cód. civ.).

La jurisdicción de declaración de certeza constitutiva difiere de la jurisdicción dispositiva (*supra*, n. 31), porque la potestad jurisdiccional, si bien su ejercicio sea necesario para la existencia de la relación jurídica declarada, no es discrecional: si el juez no la declara, no existe la separación de los cónyuges, pero el juez no puede declararla si no existen las causas previstas por la ley (art. 151, Cód. civ.).

La jurisdicción de declaración de certeza constitutiva se ejerce tanto en el proceso contencioso como en el proceso voluntario, incluso, según dijimos, la jurisdicción voluntaria es siempre constitutiva. Igualmente, se da por lo común declaración de certeza constitutiva en el proceso cautelar (ejemplo, proceso de secuestro: arts. 670 y sigtes.; *infra*, ns. 876 y sigtes.).

35. PROCESO DE CONDENA (6).

Se tiene proceso de condena cuando *la relación declarada, en vez de ser una obligación, es una responsabilidad.* Consistiendo la responsabilidad en la sujeción a la potestad de aplicar la sanción la condena se resuelve en la aplicación (imperativa) de una sanción y, por tanto, en la conversión en precepto específico de la norma que estatuye aquella potestad y la sujeción correspondiente: la condena civil al pago de una suma declara cierta, a la vez que la responsabilidad del condenado la potestad de los oficiales del proceso que lo someterán a la ejecución forzada.

(6) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 168; REDENTI, *Profili*, pág. 77; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 138; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 90; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 101; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 204; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 134; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 47; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 240; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2ª ed., Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1936, pág. 112; CALAMANDREI, *Studi*, III, 1932, pág. 179; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, 1937, pág. 48; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, Athenaeum, 1918.

El nombre de condena (de *damnum*) se explica porque consistiendo la responsabilidad en la sujeción a la sanción y, por tanto, en la lesión de un interés, el sujeto de la responsabilidad padece un daño (si bien *iure datum*). En cuanto declara la certeza de la responsabilidad del obligado, la condena agrava la amenaza en que se resuelve la sanción y, por tanto, lo constriñe al cumplimiento; de ello proviene el acostumbrado equivalente en virtud del cual la *condena por no haber pagado* se convierte en *condena a pagar*.

Según la variedad de las sanciones, la condena se distingue en *condena a la restitución, al resarcimiento o a la pena*; puesto que las dos primeras se denominan sanciones *civiles* y la tercera sanción *penal*, se distingue también en condena *civil* y condena *penal* (*supra*, n. 26). Puesto que la restitución procura la satisfacción idéntica o la idéntica lesión de interés que el cumplimiento, en la práctica, en vez de condena *a la restitución*, se suele hablar de condena *al cumplimiento* o de condena *al pago*. Puesto que el incumplimiento de una obligación expone en todo caso al incumpliente a la sanción restitutoria y a la responsabilidad correspondiente, la declaración de certeza de una obligación incumplida se resuelve en condena al cumplimiento.

En cuanto la responsabilidad suponga el acto ilícito, naturalmente, su declaración implica ante todo la declaración de certeza de ese mismo acto; así ocurre en particular con la condena penal. Pero así como puede haber responsabilidad sin acto ilícito (la llamada responsabilidad *objetiva*) así también puede haber condena sin acto ilícito; tal es, de ordinario, la condena al pago de las costas procesales (*infra*, n. 242).

También a la condena se refieren las observaciones hechas en el n. 33 para distinguir la *declaración de certeza total* de la *declaración de certeza parcial*; incluso la figura de la *declaración condicional de certeza* ha surgido en el campo de la condena (la llamada *condena condicional*, cuyo ejemplar más conocido es la condena *si iuraverit*, sujeta a la condición de la prestación del juramento, decisorio o supletorio; *infra*, ns. 443 y sigtes.); una hipótesis de condena condicional es

la *condena in futurum,* mediante la cual se declara la certeza de la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación no vencida, todavía, se entiende, a condición de que el incumplimiento se verifique (cuyo ejemplar más conocido es la condena del arrendatario al pago de la merced locaticia, aun por vencer; esta hipótesis está prevista en cuanto al proceso de inyunción por el art. 664[1]; *infra,* ns. 858 y sigtes.).

SUBTITULO SEGUNDO

DEL PROCESO DE EJECUCION

36. EJECUCION PROCESAL (1).

Cuando, en vez de la constitución o la declaración de una relación jurídica, el proceso debe procurar su actuación, es decir, la conformidad de la situación de hecho con la situación jurídica (*supra*, n. 29) se habla, no de cognición, sino de *ejecución procesal*.

La voz *ejecución* significa *adecuación de lo que es a lo que debe ser*: el juicio hace conocer lo que debe ser; si lo que debe ser no es conforme a lo que es, se necesita la acción para modificar lo que es en lo que debe ser; en este sentido, puesto que lógicamente la acción presupone el juicio, dicha acción aparece como algo que viene después (*ex-sequitur*) y se resuelve en un cumplimiento.

Entendida la ejecución en el sentido más amplio, entra en ella tanto la actividad consistente en la obediencia al mandato como la actividad dirigida a procurar su eficiencia práctica; en rigor lógico, estas dos hipótesis se distinguirían mediante las fórmulas de la *ejecución pasiva* y de la *ejecución activa*; pero tales fórmulas no pertenecen al lenguaje jurídico, el cual no se ha formado a la luz de una correcta valo-

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 259; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 179; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 62; ZANZUCCHI, *Manuale di diritto proc. civ.*, III, Milano, Giuffrè, 1945; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 567; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 415; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 40; LUGO, *Manuale*, pág. 13; CARNELUTTI, *Trascrizione e esecuzione della sentenza*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, II, 177; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1955; MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1953.

ración de tales fenómenos; para designar la ejecución pasiva se suele hablar, en cambio, de ejecución *voluntaria* (cfr. art. 1444[4], Cód. civ.), mientras que falta en el uso común una fórmula idónea para denotar el concepto de la ejecución activa en toda su amplitud.

Esta, en primer lugar, no se desenvuelve siempre por medio del proceso; por ejemplo, es ejecución de una sentencia su transcripción en los registros públicos (arts. 88, 125, 137, del decreto sobre el ordenamiento del estado civil del 9 de julio de 1939, n. 1238; art. 19 del decreto del 30 de diciembre de 1923, n. 3272, sobre los impuestos hipotecarios), y no hay duda de que también ésta entra en el concepto, entre otros, de la *ejecución provisional* (arts. 282 y sigtes.; *infra*, n. 484), para designarla no se emplea más que el nombre genérico de ejecución; más exacto sería llamarla, en contraposición a la ejecución *procesal*, ejecución *administrativa*. Por otra parte, tampoco se encuentra en la ley ni se adopta en la doctrina la fórmula de la *ejecución procesal*; se habla, en cambio, de *ejecución forzada*, pero ésta no agota el concepto de ejecución procesal, de la cual sólo comprende la especie contenciosa, mientras que, según dijimos, puede ser ejecutivo también el proceso voluntario (*supra*, n. 23); tampoco la ejecución penal, en razón de la naturaleza del proceso penal, según se aclaró en el título precedente (*supra*, n. 26), estaría propiamente concebida como ejecución forzada.

La verdad es que la noción de la ejecución procesal ha sido hasta ahora mucho menos elaborada que la de la cognición; el proceso ejecutivo no tiene en modo alguno menor importancia que el proceso cognitivo, pero el nivel a que han llegado respecto de él la técnica y la ciencia, es notablemente inferior; lo cual se debe al hecho de que la función procesal se ha diferenciado históricamente antes respecto de la cognición que respecto de la ejecución; hasta hace poco se había ignorado incluso que proceso cognitivo y proceso ejecutivo fuesen dos especies del mismo género. De esta inferioridad técnica lleva todavía el sello el tercer libro del nuevo Código de procedimiento civil.

37. EJECUCION FORZADA (2).

Ejecución forzada es, por tanto, *la especie contenciosa de la ejecución procesal,* o en otras palabras, el *proceso ejecutivo contencioso,* en orden al cual hay que advertir, que, mientras no se da una constante diferencia de estructura entre el proceso cognitivo contencioso o voluntario, en materia, en cambio, de proceso ejecutivo a la diversa función corresponde siempre estructura diversa; el proceso ejecutivo que se regula en el tercer libro del código es exclusivamente contencioso, mientras que las especies de proceso ejecutivo voluntario están mezcladas en el libro cuarto con otras especies de proceso de cognición bajo la fórmula genérica de los *procedimientos especiales* (*supra,* n. 18).

Supuesto que el proceso contencioso tiende a la composición de la litis (*supra,* n. 17), hay que agregar ahora que sus dos especies, cognitiva o ejecutiva, se diferencian por la cualidad de la litis: de *pretensión discutida* o de *pretensión insatisfecha* (*supra,* n. 5); mientras que el proceso de cognición opera para la composición, tanto de la primera como de la segunda (en particular no hace falta una litis del primer tipo, sino que puede bastar la insatisfacción de la pretensión para hacer que se mueva en particular, el proceso de condena), el proceso ejecutivo se hace únicamente para componer la litis de pretensión insatisfecha. Puesta la resistencia en la litis del segundo tipo como lesión de la pretensión, que debe ser eliminada en contra o por lo menos sin la voluntad del resistente, el concepto de *ejecución forzada* resulta clarísimo.

(2) CARNELUTTI, *Sistema,* I, pág. 185; REDENTI, *Profili,* pág. 79; CALAMANDREI, *Istituzioni,* I, pág. 57; SATTA, *L'esecuzione forzata,* Milano, Giuffrè; SATTA, *L'esecuzione forzata,* Torino, Utet, 1950; ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere,* en *Nuovo digesto italiano*; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale,* Milano, Giuffrè, 1935, págs. 135 y sigtes.; MICHELI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata,* en *Rivista di dir. proc.,* 1952, I, pág. 289.

38. DACION FORZADA (3).

Por lo común la lesión de la pretensión consiste en que uno de los litigantes no quiera darle al otro lo que le corresponde; entonces la ejecución tiende a quitarle a él por la fuerza lo que él debiera dar: a esta hipótesis corresponde la figura del *proceso (ejecutivo) para dación.*

Aquí el concepto de *dar* es el que debe detener nuestra atención un momento: dar se dice tanto de *transferir la posesión* como de transferir *la propiedad*; es un dar el del arrendador que pone al arrendatario en posesión de la cosa, así como el del vendedor que traspasa su dominio al adquirente. Según estas dos hipótesis se distingue profundamente la función, y de reflejo, la estructura del proceso ejecutivo para dación.

Cuando el proceso opera para la satisfacción de una pretensión a la posesión de una cosa, todo se reduce a dejar que la tome quien la pretende, esto es, a poner al resistente en condición de tener que dejar que el otro la tome; es claro, pues, que a este tipo le conviene el nombre de *libramiento forzado.* Nótese, en rectificación de un concepto menos propio antiguamente construido por mí mismo, que *el libramiento forzado opera donde quiera que la pretensión se limite a la posesión de una cosa,* independientemente del derecho sobre ella, por lo cual no es exacto que sólo sirva para la satisfacción de pretensiones correspondientes a un derecho real; por tanto, se procede a libramiento forzado, tanto en favor del propietario de una cosa contra quien la posee sin título, como en favor del arrendatario que pide su entrega al arrendador; en estos términos la "ejecución forzada para entrega o libramiento" es considerada por el art. 2930 del Cód. civ., donde se dice que "si no se cumple la obligación de entregar (esto es, de transferir la posesión de) una cosa determinada mueble o inmueble el derechohabiente puede obtener la entrega o el libramiento forzados...".

(3) CARNELUTTI, *Sistema,* I, págs. 189, 191; CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, pág. 261; SATTA, *L'esecuzione forzata,* Torino, Utet, pág. 9.

Cuando el dar correlativo a la pretensión no atañe a la posesión, sino a la propiedad, la diversa función del proceso ejecutivo es puesta de relieve por el nombre que le compete; así, al libramiento forzado se contrapone como segunda especie del proceso ejecutivo para dación la *expropiación forzada*; al resistente se lo expropia *en cuanto mediante el proceso ejecutivo se transfiere de él al sujeto de la pretensión la propiedad del bien discutido.* Ahora bien, esta diferencia respecto de la otra especie de dación forzada, es traducida por la ley a términos precisos, tanto en el art. 2910 del Cód. civ. ("el acreedor, para conseguir lo que se le debe, puede hacer que se expropien los bienes del deudor..."), como en la rúbrica del título segundo del libro tercero del Código de procedimiento civil. No hay que decir que mediante la expropiación forzada el proceso penetra más profundamente en la esfera de quien a ella es sujetado, lo cual explica *que no todas las pretensiones de dar en propiedad puedan ser actuadas mediante la ejecución forzada, por más cierta que sea su conformidad con el derecho*; las hay cuya tutela no se puede obtener mediante la sanción restitutoria, sino únicamente por medio del resarcimiento del daño; por ejemplo, el comprador de "cosas determinadas sólo en el género", si el vendedor no se presta a la "individuación" de la cosa necesaria para transferirle la propiedad (art. 1378, Cód. civ.), debe contentarse con el resarcimiento. Precisamente *dan lugar a expropiación forzada sólo las pretensiones a la transferencia en propiedad de sumas de dinero,* que son las pretensiones correspondientes al crédito de sumas de dinero; esta limitación, que resulta con seguridad del conjunto de normas constituyentes del instituto de la expropiación forzada se indica, por lo demás, a propósito del título ejecutivo, en el art. 474[3], n. 3.

El nombre de expropiación forzada, en cuanto al segundo tipo de proceso ejecutivo para dación está ahora propiamente adoptado en el título segundo del libro tercero del código; en el título tercero se sigue hablando, en cambio, además de *libramiento,* también de *entrega forzada,* fórmula que no es impropia, pero sí superabundante, puesto que a los dos tér-

minos no puede atribuírseles correctamente un valor diferente; la entrega forzada, como lo veremos mejor a continuación, no es más que poner a una parte en condiciones de tener que dejar que la otra tome el bien discutido.

En razón de la diferencia funcional, el proceso de expropiación forzada es incomparablemente más complicado que el proceso para el libramiento, según resulta de la simple comparación entre los títulos recién recordados.

39. TRANSFORMACION FORZADA (4).

Si, en vez de un deber dar, el sacrificio de uno de los dos intereses contrarios impuesto por el derecho consiste en un *deber hacer* o en un *deber no hacer,* la ejecución forzada se resuelve en una transformación en el sentido de que *se haga lo que debía hacerse o se deshaga lo que debía no hacerse.* Por eso, el segundo tipo de la ejecución forzada se puede llamar ejecución forzada *para transformación.*

Este segundo tipo no encontraba lugar en el Código de procedimiento civil abrogado, pero sí en el viejo Código civil, el cual lo disciplinaba rudimentariamente con los arts. 1220 y 1222. La reforma ha permitido reconocer su naturaleza, perfeccionar su estructura y colocarlo, en el nuevo código, en su lugar exacto; a él se refiere el art. 2931 del Cód. civ. ("si no se cumple una obligación de hacer, el derechohabiente puede obtener que se la ejecute a expensas del obligado en las formas establecidas por el Código de procedimiento civil") y el título cuarto del libro tercero del Código de procedimiento civil con el nombre de *ejecución forzada de obligaciones de hacer y de no hacer.*

Que las obligaciones de hacer cuya ejecución forzada puede obtenerse deban tener por contenido, como se suele decir, una *prestación fungible,* es decir, un hacer que pueda ser realizado por una persona distinta del obligado (en cuanto

(4) CARNELUTTI, *Sistema,* I, pág. 189; CHIOVENDA, *Istituzioni,* I, pág. 261; ZANZUCCHI, *Manuale,* III, pág. 229; SATTA, *Diritto proc. civ.,* pág. 521; JAEGER, *Diritto proc. civ.,* pág. 645; SATTA, *L'esecuzione forzata,* Torino, Utet, pág. 173.

a su contrario, el no hacer, esto es, la eliminación del hecho, en los límites en que se lo pueda obtener, no exige nunca la acción personal del obligado), resulta obvio si se reflexiona que el proceso debe obtener la satisfacción del interés lesionado sin concurso del autor de la lesión.

SUBTITULO TERCERO

DEL PROCESO DE INYUNCION (1)

40. RELACION ENTRE LA JURISDICCION Y LA EJECUCION FORZADA.

Cuando la litis es de pretensión insatisfecha, sirve el proceso ejecutivo, no el proceso de cognición; pero, ¿cómo se hace para saber si quien resiste a la pretensión se limita a no satisfacerla o la discute también? He aquí el problema de las relaciones entre el proceso de cognición y el proceso ejecutivo. Tal problema está, como siempre, dominado por el contraste entre las dos opuestas exigencias, de la justicia y de la certeza; la primera opera en el sentido de vincular la ejecución a la cognición, la segunda en el sentido de librarla del vínculo. La solución, como siempre, es conciliadora: si la pretensión está corroborada por un documento dotado de cierta eficacia (art. 474³, ns. 2 y 3), el proceso ejecutivo puede operar sin ir precedido por el proceso cognitivo (*infra*, n. 172), salvo al resistente el derecho a provocar este último cuando la discuta (*infra*, n. 813); de lo contrario, conviene que, por lo menos hasta cierto punto, a saber, hasta el punto en que se obtenga una decisión dotada de fuerza ejecutiva (*infra*, n. 174), el fundamento de la pretensión sea comprobado mediante la cognición.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 233; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, reimpresión, Padova, Cedam, 1931, II, pág. 180; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 620; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, IV, Milano, Giuffrè, 1948, pág. 12; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 548; JAEGER, *Il nuovo dir. proc. civ.*, pág. 739; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 247; LUGO, *Manuale*, pág. 322; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, Soc. ed. "Unitas", 1926; CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione*, Padova, Cedam, 1939; GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1951, págs. 3 y sigtes.

Pero así se corre el riesgo, cuando el resistente no discute la pretensión, de que el proceso de cognición se haga en el vacío, esto es, sin que exista aquel tipo de litis para el cual es necesaria la jurisdicción (*supra,* n. 37). Si el acreedor se ve constreñido a poner en práctica el proceso de cognición contra un deudor que, aunque no pague, no niega que debe pagar, al solo objeto de poder luego obtener la ejecución forzada, ello quiere decir que se recorre inútilmente un largo camino, con pérdida de tiempo y de dinero. A fin de evitar este peligro, la experiencia ha sugerido un ingenioso tipo de proceso, al cual se le da el nombre de *proceso de inyunción,* que se disciplina en el libro cuarto del título primero del código.

41. INYUNCION EJECUTIVA.

El proceso de inyunción tiene una estructura particular en virtud de la cual, *si aquel contra quien se propone la pretensión no se opone, el juez no procede a la cognición más que en forma sumaria, y en virtud de ella, emite una providencia que sirve de título ejecutivo a la pretensión y de ese modo consiente, en tutela de ella, la ejecución forzada.* Esta estructura especial se distingue en dos variedades: según la primera, que es a la que la ley da propiamente el nombre de *proceso de inyunción,* la providencia la pronuncia el juez sin que se haya provocado el contradictorio del resistente a quien se otorga el derecho de impugnar dicha providencia (libro IV, título I, capítulo I); según la otra, llamada *proceso (para convalidación) de desalojo,* el contradictorio del resistente debe ser provocado antes del pronunciamiento, pero basta que él no comparezca, o que si comparece no se oponga, para que se pronuncie la providencia. Hasta ahora, una y otra especie han sido consideradas desde el punto de vista de la estructura, sin indagar a fondo su respectiva función; la ley misma las aúna, conjuntamente con otros tipos (proceso cautelar; *infra,* n. 44), en una noción de *proceso sumario,* que hace referencia al carácter estructural de la cognición sumaria.

Pero una tan profunda diferencia de estructura no puede menos de tener razón en una función diferente, tanto del proceso cognitivo como del proceso ejecutivo. La verdad es que tanto el proceso de inyunción como el proceso de desalojo constituyen un medio de selección de los casos en que, no habiéndose discutido la pretensión, no se necesita cognición alguna, a diferencia de aquellos en que la pretensión es discutida, en cambio, y antes de la ejecución debe desarrollarse normalmente el proceso cognitivo; el defecto de oposición es el índice de la falta de discusión y, por tanto, de la inutilidad del proceso normal de cognición. Ello quiere decir que estos procesos sirven, no tanto como el proceso de cognición para la composición de la litis de pretensión discutida, cuanto para hacer posible (mediante la formación del título ejecutivo) la ejecución forzada para la composición de la litis de pretensión insatisfecha; en efecto, si con la oposición se perfila la discusión de la pretensión, opera no ya el proceso sumario sino el proceso ordinario de cognición.

Por tanto, si la denominación ha de expresar el carácter funcional del tipo, conviene hablar aquí, no de proceso sumario, sino de *proceso de inyunción,* nombre que bien puede comprender tanto una como otra variedad, estructuralmente diferentes. La *inyunción ejecutiva* es de este modo un *tertium genus,* que está intermedio entre la cognición y la ejecución forzada.

TITULO TERCERO

DEL PROCESO DEFINITIVO O CAUTELAR (1)

42. FUNCION INMEDIATA O MEDIATA DEL PROCESO.

Hasta aquí hemos considerado el proceso como medio para la composición de una litis o para la definición de un negocio, esto es, en relación de medio a fin con aquélla o con éste. Pero hay, en antítesis con el proceso así entendido, otro tipo en que *el proceso sirve, no inmediatamente, pero si mediatamente a ese objeto, mientras que su fin inmediato está en garantizar el desenvolvimiento o el resultado de otro proceso distinto*; el ejemplo más conocido es el del secuestro, el cual tanto bajo la forma del secuestro judicial (art. 670) como del secuestro conservativo (art. 671), no está con la litis en relación inmediata, sino en relación mediata: el secuestro judicial sirve para garantizar la conservación de una cosa que constituye o constituirá objeto o prueba en otro proceso distinto de cognición, y el secuestro conservativo opera del mismo modo respecto de cosas que constituirán bienes que habrán de ser expropiados en otro proceso ejecutivo distinto (*infra*, ns. 876 y sigtes.).

A esta diferencia se refiere la distinción entre proceso *definitivo* y proceso *cautelar*.

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 205; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 249; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 51; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 110; ZANZUCCHI, *Manuale*, IV, pág. 37; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 105; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 565; LUGO, *Manuale*, pág. 335; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936; ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1936, I, pág. 18; LIEBMAN, *L'unità del procedimento cautelare*, en *Riv. di dir. proc.*, 1954, I, pág. 248.

43. PROCESO DEFINITIVO.

Se llama *definitivo* al proceso *cuando sirve inmediatamente para composición de la litis o para el desenvolvimiento del negocio, o en otras palabras, cuando su efecto sobre la litis o sobre el negocio se produce sin que medie otro proceso.* El proceso definitivo es autónomo, en el sentido de que, no sólo no es necesario otro proceso, sino que no es posible siquiera (*infra,* n. 272) para la composición de la litis o para el desenvolvimiento del negocio que constituye su contenido.

Definitivo puede ser tanto el proceso contencioso como el proceso voluntario, tanto el proceso de cognición como el proceso ejecutivo.

44. PROCESO CAUTELAR.

Cautelar se llama al proceso *cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo).*

Para asegurar el propio buen fin puede servir el proceso mismo (definitivo), a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela; por eso, cautelar puede ser, no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo: en este sentido, es cautelar la providencia que en el curso del proceso de interdicción o de inhabilitación nombra el tutor o el curador provisional (art. 717), o el que al comienzo del proceso de separación entre los cónyuges dispone acerca de la encomienda de la prole o acerca de la prestación de los alimentos durante el proceso mismo (art. 708); en tales casos, el proceso (de cognición) es definitivo, pero puede ser cautelar el proceso de ejecución en cuanto se tenga que recurrir a él para la actuación de la providencia ahora indicada.

Puede también ocurrir, sin embargo, que un proceso entero cognitivo o ejecutivo deba hacerse, no para otra cosa, sino para constituir una cautela en orden al buen fin del proceso definitivo. Pues bien, acabamos de ver que si la providencia cautelar, emitida en el curso del proceso de sepa-

ración conyugal, o de interdicción o de inhabilitación, no se ejecuta voluntariamente (*supra,* n. 36), puede haber necesidad de recurrir a la ejecución forzada; por ejemplo, el tutor provisional podrá verse constreñido a obtener el libramiento forzado de ciertos bienes, de los cuales, para poderlos administrar, debe tener la posesión (*supra,* n. 38); en tal caso, la naturaleza cautelar del libramiento forzado es manifiesta, pues, aunque no fuese más, si la interdicción, en fin de cuentas, debiera ser negada, podría haber necesidad de proceder a otro libramiento forzado en sentido inverso (del administrador al administrado). Por otra parte, el secuestro, judicial o conservativo, puede ser ordenado, no sólo en el curso del procedimiento definitivo (de cognición), sino también como resultado de un proceso de cognición autónomo, que tenga precisamente carácter cautelar.

La función mediata del proceso cautelar (*supra,* n. 42) implica, por tanto, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo; el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo. No se excluye, naturalmente, que al proceso cautelar no acompañe el proceso definitivo, pero ello sólo puede ocurrir si antes del cumplimiento de éste se extingue la litis o se ventila el negocio; si así no ocurre, la composición de la litis o el desenvolvimiento del asunto exige el proceso definitivo.

45. CLASIFICACION DEL PROCESO CAUTELAR.

Hasta ahora la clasificación del proceso se ha intentado desde el punto de vista de la distinción entre el carácter *conservativo* o el carácter *innovativo* de la tutela, la cual consiste a veces en prohibir y a veces en imponer la mutación del estado de hecho; pero la verdad es que este criterio es bastante incierto: el mismo secuestro conservativo, que según su propio nombre sería el ejemplar típico de la primera especie, se resuelve a menudo, no en mudar, sino en que persista el estado de hecho, a lo menos cuando implique un desplaza-

miento de la cosa secuestrada. Por tanto, la clasificación del proceso cautelar debe buscarse a mayor profundidad, con referencia, no tanto a sus efectos, cuanto a sus fines.

El buen fin del proceso (definitivo) depende de dos órdenes de condiciones: que el oficio pueda disponer de los medios necesarios (pruebas y bienes: *infra,* ns. 163 y sigtes., y ns. 183 y sigtes.), o que al final exista una situación de hecho que pueda equipararse a la relación jurídica declarada o constituida cierta por el juez. La primera de las proposiciones recién enunciadas es obvia; en cuanto a la segunda, reflexiónese que el proceso de alimentos, aunque culmine en una sentencia justa, vendría a ser inútil si, mientras la espera, quien los pide hubiera de morir de hambre, y sería idéntica la inutilidad del proceso de reivindicación de una cosa, si durante su curso quien la posee llegara a esconderla o destruirla. Según estas dos hipótesis, el proceso cautelar debe distinguirse en proceso cautelar *instrumental* o *final.*

Proceso cautelar instrumental es el que *tiende a garantizar los medios del proceso definitivo*; entran en esta categoría, entre otros, el *secuestro judicial* previsto por el art. 670, n. 2, y el *proceso de instrucción preventiva* (arts. 692 y sigtes.), así como el *secuestro conservativo* (art. 671); los dos primeros tienden a constituir una cautela para el proceso de cognición; el tercero, a constituir una cautela para el proceso ejecutivo, a propósito de lo cual téngase presente que los bienes de que habla el art. 671 son los medios y no el objeto de la ejecución forzada (*infra,* n. 186).

Proceso cautelar final es, en cambio, el que *sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo*: tal es el *secuestro judicial* previsto por el art. 670, n. 1, en que se trata de conservar la disponibilidad de la cosa que constituye objeto del proceso para la parte que salga victoriosa en el proceso definitivo; tal es el proceso cautelar previsto por el art. 2378[4], Cód. civ., el cual tiende a impedir que la eventual declaración judicial de la nulidad de una deliberación de la asamblea de accionistas no pueda actuarse en virtud del hecho consumado; tal puede ser un proceso de urgencia (art. 700) dirigido a la condena provisional en materia de alimen-

tos, el cual tiende a evitar que la condena definitiva llegue demasiado tarde.

46. PROCESO POSESORIO (2).

Como entre el proceso contencioso y el proceso voluntario se insinúa el *tertium genus* del proceso penal, o entre el proceso cognitivo y el proceso ejecutivo el proceso de inyunción, así también existe una figura intermedia entre el proceso definitivo y el proceso cautelar: tal es el proceso *posesorio,* del cual en algunas elaboraciones anteriores yo señalé y destaqué la analogía con el proceso cautelar, pero no supe precisar la diferencia.

El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que *tanto éste como aquél no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso* (*definitivo,* tradicionalmente llamado *petitorio*; cfr. arts. 704 y sigtes.) *para la composición de la misma litis*: la identidad de la litis entre proceso posesorio y proceso petitorio es manifiesta; y es incontrovertible que después de la composición en sede posesoria puede obtenerse la composición definitiva en sede petitoria.

La diferencia entre proceso posesorio y proceso cautelar está, en cambio, en que *el primero no tiene, como lo tiene el segundo, carácter mediato* (*supra,* n. 44), *en el sentido de que no tiende a asegurar el buen fin del proceso definitivo*: en este sentido, el proceso posesorio admite, pero no implica, el proceso definitivo; por ello la decisión en sede posesoria no tiene carácter provisional. Esta diferencia, sin embargo, según el régimen del proceso posesorio construido por el código, está bastante atenuada, ya que, probablemente sin una buena razón, al proceso posesorio se ha extendido el principio de la necesaria secuela del proceso definitivo (*infra,* ns. 901 y sigtes.).

Los caracteres así delineados del proceso posesorio se fundan sobre su función, la cual no está en la composición

(2) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 583; LUGO, *Manuale*, pág. 349; DENTI, *Studi sul processo possessorio*, Pavia, Garzanti, 1949.

de la litis mediante la declaración o la constitución de certeza de una relación jurídica, sino mediante el ordenamiento de una situación de hecho: por eso el proceso posesorio no excluye, aunque tampoco implique, el proceso definitivo.

A la luz de este criterio, el proceso de *obra nueva* o de *daño temido,* como expondremos en el punto siguiente, a diferencia de lo que hace el código (arts. 688 y sigtes.), debe incluirse en el proceso posesorio, no en el proceso cautelar.

47. CLASIFICACION DEL PROCESO POSESORIO.

El nombre de proceso posesorio ha sido adoptado por mí antonomásticamente, a fin de designar todos los tipos de proceso que tengan la función definida en el punto anterior.

En el uso legislativo, como hemos visto que ocurre respecto del proceso de inyunción, la fórmula "proceso posesorio" tiene un ámbito más restringido, ya que sólo comprende *el proceso de reintegración y de conservación* (capítulo cuarto, título primero, libro cuarto; cfr. arts. 1168 y 1170, Cód. civ.); las otras figuras de proceso, funcionalmente idénticas, se designan en el código con un nombre especial: *proceso (denuncia) de obra nueva* o *de daño temido* (sección segunda del capítulo tercero, arts. 1171 y 1172, Cód. civ.).

Por tanto, el proceso posesorio, en sentido amplio, puede distinguirse, según una antigua denominación, en *proceso posesorio (en sentido estricto)* y *proceso cuasi-posesorio*; la diferencia está en que la situación de hecho a cuyo ordenamiento tiende el proceso, tiene en el primer caso, y no en el segundo, los caracteres de la posesión (*infra,* ns. 901 y sigtes., 904 y sigtes.).

TITULO CUARTO

DEL PROCESO SINGULAR O COLECTIVO [1]

48. PROCESO SINGULAR.

Hasta 1926, no sólo en Italia, sino en el mundo, el proceso no sirvió más que, a través de la formación de un mandato concreto autónomo o complementario, para la composición, represiva o preventiva, inmediata o mediata, de una litis. Incluso, cuando en tiempo reciente se ha sabido, mediante el descubrimiento de su especie dispositiva y el profundo conocimiento de su especie declarativa, que el proceso es un método para la formación del derecho, se creía que el derecho formado mediante el proceso, no era más que el que se resuelve en *mandatos singulares*.

Esto no quiere decir que no existieran hacía tiempo junto a las litis *individuales* litis *colectivas* (*supra*, n. 16); lo que no se había hecho era pensar que a las litis colectivas pudiera servir como medio preventivo o represivo el proceso; para esas litis, durante mucho tiempo no se dio otro remedio, preventivo o represivo, que la legislación. Que éste no fuera remedio adecuado, se ha visto con claridad poco a poco, a través de un movimiento social que, con marcha diferente, ha ido informando la historia del siglo pasado y debía culminar en una profunda modificación en la estructura del ordena-

[1] CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 265; CARNELUTTI, *Studi*, IV, pág. 269; ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, 5ª ed., Padova, Cedam, 1940, pág. 347; JAEGER, *Principii di diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1939, pág. 300; CHIARELLI, *Lo Stato corporativo*, Padova, Cedam, 1936, pág. 194; CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1928.

miento jurídico y, por tanto, también en la del Estado. Este movimiento se concluyó felizmente en Italia mediante la ley fundamental del 3 de abril de 1926, n. 563, cuyo alcance constitucional ha sido la creación de un nuevo orden de fuentes de derecho, y en el campo respectivo del derecho material y del derecho procesal, el empleo del contrato y del proceso para la composición de conflictos y de litis colectivas mediante la formación de mandatos generales.

Por eso, después del 3 de abril de 1926, ha surgido la razón de una cuarta distinción del proceso, según sus fines, en proceso *singular* y proceso *colectivo*. Esta distinción la hizo suya el código en el título cuarto del libro segundo, donde se contraponen en los capítulos primero y segundo como materia o contenido del proceso las *controversias* (litis) *individuales* (singulares) a las *controversias colectivas*.

Aunque, según lo indicamos, esta parte del código deba considerarse abrogada mediante la supresión del ordenamiento corporativo operada por el D. L. del 23 de noviembre de 1944, n. 369, para la hipótesis, que dista mucho de ser improbable, de la reconstrucción, así sea bajo otro nombre, del mismo ordenamiento, que no tiene en sí contraste alguno con el principio democrático, y hasta representa su forma más evolucionada, y en todo caso en complemento de la teoría funcional del proceso, seguimos tomando en cuenta aquí las normas concernientes al proceso colectivo, que históricamente han existido y teóricamente son preciosas.

49. PROCESO COLECTIVO.

Colectivo es, por tanto, el proceso *cuando sirve a la composición, preventiva o represiva, de la litis colectiva* (*supra*, n. 16). Esta función particular del proceso se admite por ahora en límites relativamente restringidos, que están establecidos por el art. 409.

Resulta de esta norma, ante todo, que el proceso colectivo, en relación a la naturaleza de la litis colectiva, opera exclusivamente en el campo de la cognición; no existe de este tipo procesal la especie ejecutiva; en relación a ello

habla la ley de *controversia* colectiva, voz que denota precisamente la litis de pretensión discutida (n. 9).

En el campo de la cognición el proceso colectivo puede ser tanto *dispositivo* como *declarativo de certeza*; el campo de acción del primero es, sin embargo, mucho más amplio que el del segundo.

Hay jurisdicción colectiva dispositiva cuando la controversia atañe a la determinación "de nuevas condiciones de trabajo" (art. 409, n. 2), o más exactamente, de normas concernientes a relaciones de trabajo contratadas en el ámbito de la categoría; la naturaleza dispositiva del proceso está para tales hipótesis confirmada por el último apartado del art. 409, según el cual, "en la formulación de nuevas condiciones de trabajo, la magistratura del trabajo juzga *según equidad*..." (*supra*, n. 31).

La jurisdicción colectiva declarativa de certeza está prevista por el art. 409[1], n. 1 y n. 3, y se extiende, no sólo "a la aplicación de los contratos colectivos de trabajo y de las normas a ellos equiparadas" (n. 1), sino también a la "aplicación de los acuerdos colectivos económicos y de las normas corporativas que regulan relaciones colectivas económicas" (n. 3), el más preciso significado de estas fórmulas, en uso en el lenguaje de derecho corporativo, debe aprenderse en la teoría respectiva. Aquí es suficiente la observación de que los llamados *acuerdos económicos* equivalen, fuera del campo del intercambio de trabajo, al contrato colectivo; en cuanto a las relaciones diversas de la relación de trabajo y colectivamente reguladas, se admite como fuente de la respectiva regulación el contrato, no el proceso; por lo demás, el proceso puede servir a la declaración de certeza de las situaciones constituidas por el contrato (acuerdo económico).

No se da, del proceso colectivo, la especie cautelar; no se excluye, en cambio, la especie voluntaria (cfr. art. 51 del decreto del 1º de julio de 1926, n. 1130).

50. PROCESO INTERSINDICAL.

Un tipo intermedio entre proceso singular y proceso colectivo es el *que opera en orden a la composición de una litis*

entre dos sindicatos de categoría (ejemplo, litis relativa a la responsabilidad de un sindicato frente a otro por inobservancia del contrato colectivo por parte de sus miembros, según el art. 55 del decreto del 1º de julio de 1926, n. 1130): aquí la litis es singular, no colectiva, toda vez que compromete los intereses del *grupo* que constituye el sindicato, no los de la *serie* que constituye la categoría, pero la tutela del interés del sindicato implica la tutela del interés de la categoría que el sindicato administra, por lo cual el proceso sirve mediatamente para la composición del conflicto colectivo. A este tipo intermedio se le ha dado el nombre de proceso *intersindical*.

LIBRO SEGUNDO

DE LOS LIMITES DEL PROCESO CIVIL

51. LIMITES DE LA FUNCION PROCESAL (1).

Si el fin de la jurisdicción es la composición o la prevención de la litis, habría que inferir de ello que dondequiera o comoquiera se manifestara la litis o el peligro de ella, debería operar la función procesal. Pero no es así; por eso, junto a los fines, hay que tener presentes los límites de ella. Tales límites resultan de un triple orden de razones.

Pueden darse, en primer lugar, *litis o negocios absolutamente irrelevantes para el Estado en que culmina el ordenamiento jurídico, y en particular el ordenamiento procesal.* El proceso, como conjunto de medios para la consecución de un fin, tiene, inevitablemente, su costo; si este costo es superior al beneficio que el Estado saca de él, se puede comprender cómo, a pesar de la litis, la jurisdicción pueda no operar. En este orden de ideas puede admitirse que por litis de valor mínimo pueda el Estado rehusar la jurisdicción; un límite tal, sin embargo, no existe en el orden jurídico italiano.

En segundo lugar, puede parecer justo, o por lo menos útil, que *determinados intereses estén privados de la tutela judicial, en el sentido de que la ley reconozca a la voluntad de uno de los interesados preponderancia sobre el otro, de manera que sin intervención del juez la pretensión esté asistida por el derecho*; así ocurre, por lo común, en cuanto haya razón para creer que la constitución de un sujeto da sufi-

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 30; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 248; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 23; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 137; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 207.

ciente garantía de la justicia de su pretensión. Por ejemplo, planteada una litis tributaria determinada por la pretensión de una entidad pública al tributo y por la oposición del contribuyente, puede el ordenamiento jurídico reconocer como fundada la pretensión cuando esté formulada por la entidad pública con ciertas garantías y, por tanto, no consentir que el contribuyente haga valer su oposición mediante el proceso.

Finalmente, un Estado puede rehusar la prestación procesal para la composición de una litis o para el desenvolvimiento de un negocio *cuando, habida cuenta de la coexistencia con el propio ordenamiento de otros ordenamientos jurídicos, considere que a través de uno de ellos pueda conseguirse la tal prestación con menor costo o mayor utilidad.*

Según que se haga sentir más o menos cada una de estas razones, se dan respecto de cada ordenamiento categorías de litis sustraidas a la función procesal. Los caracteres en virtud de los cuales se forman tales categorías, atañen a *la cualidad de las partes* o a *la naturaleza de la pretensión.*

Los que aquí consideramos son límites impuestos por la ley a la función procesal, la cual, aun pudiéndose ejercitar, no debe ser ejercitada para la composición de ciertas litis. Otros son los límites prácticos provenientes de que respecto de determinadas litis el proceso italiano no pueda realizarse por falta de medios a disposición del oficio judicial; en tal caso no se verifica *una prohibición,* sino *una imposibilidad* de ejercicio de la función; en particular, no puede hacerse el proceso ejecutivo, de ordinario, para el libramiento o para la expropiación de bienes situados fuera del territorio de la República, porque el oficio no puede operar respecto de ellos; pero, en tal caso, no hay una litis que no deba ser compuesta por el oficio judicial italiano, sino una litis que no puede ser compuesta por una razón práctica, al punto de que si una convención internacional permitiese al oficio judicial italiano operar en el territorio de un Estado extranjero, a dicho oficio no le faltaría, según el ordenamiento italiano, la potestad para ello.

52. NACIONALIDAD DE LAS PARTES (2).

La función procesal italiana *puede* estar excluida *cuando una de las partes sea ciudadano extranjero* (art. 4); el defecto de ciudadanía italiana no es suficiente: por eso, bajo el aspecto que aquí consideramos, el apátrida equivale al ciudadano italiano. La parte cuya ciudadanía extranjera es relevante para excluir la función procesal italiana, es aquella contra la cual se dirige la demanda judicial; la fórmula de la ley (art. 4[1]), refiriéndose en particular al proceso de cognición, habla de *demandado* (*infra*, n. 107); pero una fórmula más amplia debe ser empleada en la reconstrucción científica del instituto, habida cuenta de la extensión analógica del art. 4 al proceso ejecutivo. Que la nacionalidad extranjera de una parte excluya la función procesal sólo en cuanto ella no sea la que propone la demanda, mientras se explica si se reflexiona que el Estado no tiene razón para denegar justicia a quienquiera que se la pida, demuestra cómo el límite proveniente de la nacionalidad no se funda en la irrelevancia de la litis o del negocio para el Estado: en efecto, por una parte, cuando en él se encuentra comprometido, así sea como actor contra un extranjero, un ciudadano, la litis o el negocio no es nunca para el Estado absolutamente irrelevante; por otra parte, puesto que, como diremos, el límite desaparece cuando el extranjero contra quien se dirige la demanda acepta la función procesal italiana, se admite que el juez nacional opere para la decisión de cualquier litis o para la administración de cualquier negocio si a ello es requerido por el extranjero por escaso que sea respecto de ellos el interés del Estado. El límite de la función procesal proveniente de la nacionali-

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 249; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 36; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1943, I, pág. 17; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 10; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 10; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 24; MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, Cedam, 1954, pág. 85; MORELLI, *I limiti della giurisdizione italiana nel nuovo codice di procedura civile*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1941, I, pág. 104; PAVANINI, *Limite della giurisdizione italiana nei procedimenti di giurisdizione volontaria*, en *Rivista di dir. proc.*, 1949, I, pág. 175.

dad de las partes, tal como está regulado por el art. 4, se funda más bien en el principio de la *reciprocidad internacional*, por lo cual, supuesta la pluralidad extranjera de los ordenamientos jurídicos, esto es, la pluralidad de los Estados, cada uno de ellos ofrece a los demás aquel límite de la función procesal contra el extranjero que él desea procurar de los demás a su propio ciudadano.

La ciudadanía extranjera de la parte contra la cual se dirige la demanda es requisito necesario, pero no suficiente, para que se excluya la función procesal; tal requisito sólo viene a ser relevante si no concurre alguna de las hipótesis que vamos a enumerar, cada una de las cuales es suficiente para atribuir al oficio italiano potestad también respecto de la litis en que esté comprometido el extranjero.

a) *Sede del extranjero en Italia*; tal sede puede estar constituida tanto por la *residencia* como por el *domicilio*; al domicilio real se equipara el *domicilio electivo*; a la sede se equipara *la existencia en Italia de un representante que tenga poder para comparecer en juicio a tenor del art. 77.* Por lo demás, la sede en Italia no es relevante para atribuir potestad procesal contra el extranjero al oficio italiano si la litis atañe a "bienes inmuebles situados en el extranjero"; aquí la ley considera la naturaleza y la posición del bien que constituye objeto de la pretensión, independientemente de la naturaleza de ésta (art. 4, n. 1).

b) *Situación en Italia del bien discutido.* El art. 4, n. 2, habla de demanda referente a "bienes existentes" en el territorio de la República; en cuanto a los bienes materiales, inmuebles o muebles, esta fórmula no necesita aclaración; los bienes inmateriales (obras del ingenio) pueden considerarse situados en Italia, cuando estén aquí jurídicamente protegidos. La fórmula recién mencionada no absorbe enteramente la hipótesis de la demanda relativa a "providencias cautelares a cumplirse en el territorio de la República" (art. 4, n. 3); es verdad que las providencias cautelares de *custodia* (*infra*, ns. 876 y sigtes.), en tanto pueden ejecutarse en Italia en cuanto existan en ella los bienes sobre los cuales deban ser ejecutadas; pero, incluyéndose entre las providen-

cias cautelares también la *recepción previa de las pruebas* (*infra*, ns. 891 y sigtes.), cuyo objeto no puede en rigor considerarse como un bien, era necesaria la mención separada del proceso cautelar. Por otra parte, la fórmula empleada para este último, mientras aclara la razón en virtud de la cual la situación en Italia del bien discutido excluye el límite de la función jurisdiccional, consistente en que, si debe ejecutarse en Italia una providencia, debe también poder pronunciarla el juez italiano, sugiere una formulación más amplia de la situación que excluye el límite *como existencia en Italia de la persona o de la cosa que constituye el objeto de la providencia requerida al juez italiano*; y una tal formulación, inferida de la interpretación lógica y sistemática de la ley, induce a considerar, entre otras cosas, que en cuanto a los procesos de estado, la sede incluso transitoria en Italia de una persona que sea objeto de ellos, constituye razón suficiente para no excluir la jurisdicción italiana (piénsese en el proceso de separación de dos cónyuges extranjeros, no residentes en Italia, pero de los cuales se encuentre un hijo menor en Italia).

c) *Acaecimiento en Italia, o en general referencia a Italia, del hecho jurídico a que se refiere la pretensión.* Tal hecho puede ser aquel en que consiste la *fuente* de la obligación o su *cumplimiento* ("si la demanda se refiere... a sucesiones hereditarias de ciudadano italiano o abiertas en el territorio del Estado, o bien a obligaciones que hayan nacido en él o deban cumplirse dentro del mismo"; art. 4, n. 2).

d) *Conexión con litis pendiente ante el oficio judicial italiano* (art. 4, n. 3); se entiende que sobre la litis pendiente debe corresponder al oficio italiano, la potestad procesal, y que la conexión debe presentar los caracteres requeridos, no para la acumulación procesal (*infra*, n. 259), cuanto para la modificación de la competencia (*infra*, n. 148).

e) *Aceptación de la función procesal nacional por parte del extranjero que a ella está sujeto* (art. 4, n. 1); no se aplica a la declaración de voluntad del extranjero, ya por defecto de *eadem ratio*, ya en todo caso por la prohibición del art. 14 de las disposiciones preliminares, la norma del art. 2, que

exige la forma escrita; por tanto, la aceptación puede también inferirse de *facta concludentia* (arg. *ex* art. 37[2]), a menos que la litis se refiera a bienes inmuebles situados en el extranjero; vale también para atribuir al juez la jurisdicción el hecho de que el extranjero demandado constituido en juicio no excepcione su defecto (art. 37[2]), lo cual puede hacer él, si no lo ha excepcionado en otra forma, *verbis aut factis*, en cualquier momento del proceso; esta regla no se aplica si la litis tiene por objeto un bien inmueble situado en el extranjero.

f) *Reciprocidad* (art. 4, n. 4); la fórmula de la reciprocidad está correctamente enunciada por la ley: "si, en el caso recíproco, el juez del Estado al cual pertenece el extranjero puede conocer de las demandas propuestas contra un ciudadano italiano".

El art. 4 considera los límites de la función procesal con exclusiva referencia a la cognición; sin embargo, en el cuerpo de la disposición se ha insinuado una alusión al proceso cautelar; no se habla, en cambio del proceso ejecutivo. Hay aquí una laguna de la ley que hay que colmar con la analogía (art. 12, disposiciones preliminares); el principio se encuentra en la norma relativa al proceso cautelar, el cual se consiente en todo caso contra el extranjero cuando la providencia deba ejecutarse en el territorio de la República; esta fórmula debe entenderse en el sentido de que hayan de llevarse a cabo en Italia los actos de ejecución que estén vinculados a un determinado lugar; más adelante veremos cómo de algunos de esos actos está prescrito el cumplimiento en el lugar donde se encuentren los bienes a que se refieren (ejemplo, *embargo, puesta en posesión*); por tanto, la ejecución debe hacerse en Italia si se encuentran en Italia los bienes sobre los cuales ella recae; de ello se infiere que el proceso ejecutivo puede tener lugar contra el extranjero si los bienes que forman su objeto se encuentran en el territorio italiano. Esta solución no está en contraste con lo que hicimos notar en el punto anterior a propósito de los límites prácticos del proceso ejecutivo; que éste no puede llevarse a cabo sobre los bienes que no estén situados en el territorio del Estado, no

excluiría que pudiera prohibirse también sobre los bienes que en él se encuentran cuando se promoviera contra un extranjero, respecto del cual no se presentara uno de los requisitos previstos por el art. 4; en cambio, de la aplicación analógica de la norma en él contenida en orden al proceso cautelar, se infiere que la existencia en Italia de los bienes afectados por la ejecución es, no sólo un requisito prácticamente necesario, sino también jurídicamente suficiente para que el proceso ejecutivo pueda ser promovido contra un extranjero.

53. LITIS CONTRA UN ESTADO EXTRANJERO (3).

Los cultores del derecho internacional afirman la existencia de una costumbre o de un principio de derecho internacional según el cual la función procesal de un Estado no podría ejercerse en relación a otro Estado si éste no consiente en ello, excepción hecha de las litis relativas a bienes inmuebles situados o a sucesiones abiertas en el territorio del primero. Supuesta esta costumbre o supuesto este principio, se trata de saber si el ordenamiento jurídico italiano contiene una norma o un principio que a ellos se ajuste.

Una norma expresa se encuentra en cuanto al proceso cautelar y al proceso ejecutivo del decreto del 30 de agosto de 1925, n. 1621, según el cual no se puede proceder a secuestro, ni a embargo, venta o en general a actos ejecutivos sobre bienes muebles o inmuebles, naves, créditos, títulos o valores o cualquier otra cosa que corresponda a un Estado extranjero, sin la autorización del Ministro de Justicia; el decreto agrega que esta norma sólo se aplica a los Estados que admitan la reciprocidad. Nada dispone la ley, y en particular el código, en cuanto al proceso de cognición. Las consecuencias

(3) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 36; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 258; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, 5ª ed., pág. 28; MORELLI, *Il diritto processuale internazionale*, pág. 145; PROVINCIALI, *L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri*, Padova, Cedam, 1933; SPERDUTI, *Sulla esenzione degli Stati esteri dalla giurisdizione*, en *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1948, III, 591; BARTOLOMEI, *Sull'immunità giurisdizionale degli Stati esteri*, en *Foro italiano*, 1946, I, 461; DE NOVA, *Stato estero e giurisdizione nazionale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1950, I, 1, 183.

que hay que inferir de ello en cuanto al ordenamiento italiano, son las siguientes.

La función jurisdiccional no tiene límites en relación a un Estado extranjero, fuera de los establecidos por el art. 4. Del decreto recientemente citado no se puede inferir principio alguno relativo a mayores límites. La soberanía de los Estados extranjeros en derecho interno no existe; sólo existen determinadas limitaciones en favor de dichos Estados y de sus agentes, establecidas mediante normas cuyo carácter, manifiestamente excepcional, no consiente su aplicación analógica (art. 14, Disposiciones preliminares). Si ello no obstante existe en virtud de convención internacional o de otra fuente, una obligación internacional del Estado italiano a excluir en orden a todos o a algunos de los Estados extranjeros la jurisdicción, la inobservancia de esa obligación por parte del Estado italiano no puede ser reparada por el intérprete. Esta es la solución que hay que dar a la cuestión en línea científica. Sin embargo, la jurisprudencia, por motivos prácticos cuya apreciación escapa a la crítica doctrinal, sigue contrario parecer (aunque en los últimos tiempos con mayor cautela).

La función cautelar y ejecutiva no encuentra límite alguno respecto de aquellos Estados cuyo ordenamiento jurídico no contiene a su vez ninguno; en relación a los demás, sólo puede ser ejercida con autorización del Ministro de justicia.

54. LITIS DE NATURALEZA POLITICA (4).

En la masa de las litis hay algunas que atañen más de cerca al interés del Estado; tales son aquellas en que sea

(4) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 252; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 109; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 137; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 215; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 29; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 3; BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1941, I, pág. 165; PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, en *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, II, pág. 214; ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, I, 1950, pág. 145 y II, 1948, pág. 87.

parte la administración pública. Se puede pensar sin dificultad que la relevancia política de la litis constituya una buena razón para excluir de ella la solución procesal, de la cual puede no haber necesidad porque, por un lado, la administración pública tiene el poder de hacerse la justicia por su mano, y por otro, porque a la tutela de la contraparte se consideren suficientes los diversos institutos relativos a la *justicia en la administración* y en particular el *recurso jerárquico*; en un régimen así constituido, a la eliminación de tales litis se provee mediante la misma función administrativa.

Un principio de esta índole, que servía de base al llamado *contencioso administrativo,* terminó por ceder poco a poco al principio opuesto en virtud del cual la relevancia política de la litis no constituye límite alguno a la función procesal, sino que cuenta a lo más para deferir su composición a un oficio distinto del oficio ordinario. Esta evolución se ha llevado a cabo en Italia mediante la gran ley unificadora de 1865 anexo *E,* cuyo art. 1 dejó abolido el contencioso administrativo, al paso que el art. 2 defería "a la jurisdicción ordinaria todas las... materias en las cuales se haga cuestión de un derecho civil o político, comoquiera que pueda estar interesada en ellas la administración pública, y aunque hayan sido dictadas providencias del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa"; y hoy está reconocida por el art. 113 de la Constitución. Que por el mismo art. 2 se infiera el principio según el cual contra la administración pública no se puede hacer valer, no ya sólo un derecho, sino ni un simple interés (no jurídicamente garantizado), no constituye límite alguno a la jurisdicción; en primer lugar, si hubiese límite, sería un límite general, no relativo únicamente a las litis de contenido político, ya que también contra un particular se admite la demanda para hacer valer un derecho, y no sólo un interés (art. 99); pero la verdad es que, si con la demanda se propone al juez la tutela de un simple interés, el juez debe, no ya abstenerse de juzgar, sino declarar que el tal interés no está jurídicamente tutelado y de ese modo ejercer la jurisdicción. Tampoco una diferencia entre las otras litis y una litis en que sea parte la administración pública

puede inferirse del apartado del art. 4 de la antedicha ley, según el cual "el acto administrativo no podrá ser revocado o modificado sino previo recurso a las competentes autoridades administrativas"; esta norma, la cual, sin embargo, no establece diferencia alguna entre las litis de la administración pública y cualquier otra litis, no atañe al *an*, sino al *quomodo* de la jurisdicción, es decir, no a la existencia, sino al contenido del poder del juez, el cual es, de ordinario, puramente declarativo y, por tanto, si la ley misma no deroga a tal principio, puede sin duda, si se presenta la razón para ello, culminar en la declaración de nulidad de una providencia o de un negocio, pero no en su revocación o modificación. Puede ocurrir ciertamente, que de un acto administrativo el *juez ordinario* no pueda siquiera declarar la certeza de la nulidad (cfr. art. 113[3], de la Constitución), pero tampoco en ello hay un límite de la jurisdicción, sino un fenómeno de competencia (*infra*, ns. 125 y sigtes.), por cuanto no ya acerca de la litis ningún juez deba juzgar, sino que un juez debe juzgar en lugar de otro. Por tanto, en línea general, la relevancia política de la litis puede sin duda influir sobre la competencia, pero no excluye en modo alguno la jurisdicción.

65. LITIS MATRIMONIALES (5).

Desde que el Estado italiano, "queriendo restituir al instituto del matrimonio, que sirve de base a la familia, dignidad conforme con las tradiciones católicas de su pueblo" le reconoció su carácter sacramental (art. 34, del Concordato de Letrán, aprobado por ley del 27 de mayo de 1929, n. 810), todas las litis matrimoniales tienen, según el ordenamiento jurídico, relevancia religiosa; ahora bien, si el matrimonio se considera, también *sub specie iuris*, como un sacramento, es

(5) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 57; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 256; DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1955, pág. 363; DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, pág. 145; JEMOLO, *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, Utet, 1951, III, 1, pág. 284.

natural que de su eficacia deban juzgar los tribunales eclesiásticos, no los tribunales civiles; por eso el carácter matrimonial de la litis, en cuanto se trate de matrimonio celebrado según la religión católica, constituye un límite de la jurisdicción.

Pero por expresa declaración de la ley no se excluye la jurisdicción en orden a cualquier litis relativa a los efectos civiles del matrimonio religioso, sino solamente en orden a aquellas en que se discuta sobre la nulidad del matrimonio, mientras que las litis para separación personal entre los cónyuges continúan siendo decididas por los oficios judiciales civiles.

Que el límite no se extienda a las litis relativas al matrimonio religioso contraido antes del concordato, no es más que una aplicación normal del principio de la irretroactividad de la ley.

56. PENDENCIA DEL PROCESO EXTRANJERO (6).

Si un proceso extranjero está pendiente, pero no ha culminado aún en la composición de la litis, no tiene relevancia alguna respecto del ordenamiento nacional. Que no deba tenerla se comprende porque, cualquiera que sea el ordenamiento extranjero en virtud del cual está operando el proceso, el ordenamiento nacional y, por tanto, el Estado, no puede abdicar de su cometido si se le requiere su composición. Que no lo haya resuelto el art. 3, según el cual "la jurisdicción italiana no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa"; la fórmula atañe solamente al proceso de cognición, pero el principio que de ello se infiere debe extenderse a cualquier otra especie de proceso; y en particular, al proceso arbitral, por lo menos en cuanto el proceso arbitral tenga, según el ordenamiento extranjero, efectos equivalentes al proceso ordinario.

A fortiori la función procesal italiana no está limitada

(6) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 30; MORELLI, *Il diritto processuale internazionale*, pág. 186.

por la pendencia de un proceso extranjero relativo a una litis, distinta de aquella de la cual se pide la composición según el ordenamiento nacional, por conexa que sea con ella (*ibi*; *infra*, n. 274).

57. DEROGACION VOLUNTARIA A LA FUNCION PROCESAL NACIONAL (7).

Puede ocurrir, finalmente, que respecto de una litis hayan convenido las partes en que la composición de ella se obtenga mediante el proceso extranjero. Una tal convención interesa al ordenamiento nacional sólo en su aspecto negativo, esto es, en cuanto excluye el proceso nacional; si luego sirve para constituir el presupuesto de la función procesal extranjera, es una cuestión que sólo atañe al ordenamiento al que dicha función se refiere; por eso, la cuestión se plantea, no tanto frente a una convención que se remita al proceso extranjero, cuanto que excluya el proceso nacional.

Si, como antiguamente se creía, el proceso civil fuese un proceso privado mediante el cual el Estado no hace más que suministrar a las partes un servicio en interés de ellas, no habría razón para negar a una tal convención plena eficacia: las partes podrían preferir el juez extranjero al juez italiano, del mismo modo que adquieren una mercancía extranjera en lugar de un producto nacional. En cambio, cuando la concepción de las finalidades del proceso civil ha cambiado, y se ha reconocido que dicho proceso civil opera, a través de la actividad de las partes, en interés público, al cual le importa sobremanera la justa composición de la litis, naturalmente, también la solución de la cuestión propuesta debe variar; por tanto, si la eficacia de una tal convención no es plenamente reconocida, es ello un signo infalible de que a la concepción publicística del proceso le ha dado el legislador su adhesión.

Según el art. 2, "la jurisdicción italiana no puede ser derogada convencionalmente a favor de una jurisdicción

(7) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 41; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 9; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 30; MORELLI, *Il diritto processuale internazionale*, pág. 198; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 7; CARNELUTTI, *Studi*, I, pág. 159.

extranjera..., salvo que se trate de causa relativa a obligaciones entre extranjeros o entre un extranjero y un ciudadano no residente ni domiciliado en el territorio de la República y la derogación resulte de acto escrito". Los requisitos de validez del acuerdo atañen a su objeto y a su modo. La litis a la cual se refiere la convención, debe ser entre extranjeros o entre un extranjero y un italiano no residente en el territorio de la República; de la fórmula del art. 2, en el cual se habla de "obligaciones", habría que inferir también que la litis debe referirse a una relación patrimonial obligatoria, con exclusión de toda otra relación de distinto carácter; pero una interpretación literal del texto es por lo menos dudosa; en defecto de razones que la sustenten, prefiero considerar que la palabra "obligaciones" está usada en sentido amplio, para significar obligaciones de cualquier naturaleza. El acuerdo debe, en todo caso, estar documentado mediante escritura. Tanto el requisito objetivo como el requisito modal son condición de eficacia del acuerdo. Es indiferente que el acuerdo haya sido concluido *post* o bien *ante litem natam* [después o antes de surgida la litis]; de ahí que, si la litis es diferida a árbitros, pueda ser tanto un compromiso como una cláusula compromisoria (*infra*, n. 63).

Una limitación tan rigurosa del poder de derogación a la función procesal italiana se funda en la convicción del sumo valor de dicha función en la estructura del Estado y, por tanto, en la relación de ciudadanía. Por eso, aunque la fórmula se refiera textualmente sólo a la función cognitiva, debe extenderse por analogía a todo tipo de función procesal.

58. LITIS DEFERIDAS AL PROCESO POR ARBITROS (8).

Dentro de poco veremos cómo al proceso por árbitros se lo reconoce a manera de subrogado de la jurisdicción (*infra*, ns. 62 y sigtes.). Dentro de los límites de este reconocimiento, la convención mediante la cual una litis es deferida a los árbitros excluye que pueda ser compuesta mediante el juicio

(8) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 70; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 33.

ordinario. Esta proposición no está expresamente formulada por la ley, pero se infiere *a contrariis* del art. 2, el cual excluye la eficacia de la convención mediante la que una litis se defiera a árbitros "que pronuncien" en el extranjero, salvo los casos previstos en el punto anterior.

LIBRO TERCERO

DE LOS EQUIVALENTES DEL PROCESO CIVIL

59. EQUIVALENTE DEL PROCESO CIVIL (1).

La composición de la litis puede obtenerse también por medios distintos del proceso civil; puesta como función de éste dicha composición, se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de *equivalente*.

La noción de equivalente procesal se resuelve en dos hipótesis: o la litis se compone por obra de las partes mismas, o se compone por obra de un tercero distinto del oficio judicial. En el primer caso se puede hablar de *autocomposición de la litis*; puesto que no interviene el empleo de aquel método al cual se da nombre de proceso, la autocomposición es también composición *extraprocesal* de la litis. En el segundo caso la colaboración de las partes con un tercero, determina un método de trabajo que reclama el proceso, pero el defecto en el tercero de la potestad judicial según el ordenamiento jurídico interno no permite que en ello se contemple proceso verdadero y propio; la verdad es que aquí, por razones de conveniencia y en cuanto concurran tales requisitos que garanticen su justicia, se utiliza para la composición un órgano extraprocesal, que puede ser o un particular, desprovisto de potestad judicial (árbitro), o un juez según un ordenamiento

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 154; REDENTI, *Profili*, pág. 193; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 30; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 71; CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, en *Rivista di dir. proc.*, 1953, I, pág. 185.

jurídico distinto (extraño; juez extranjero o eclesiástico), por lo cual en tales casos no se puede excluir el proceso, pero al no ser proceso verdadero y propio, podría llamarse *cuasi proceso*, y precisamente se distingue en *proceso extranjero*, *proceso eclesiástico* y *proceso arbitral*.

Que en cada uno de tales casos se reconozca, dentro de ciertos límites, eficacia a la composición extraprocesal, es una aplicación de la ley del mínimo esfuerzo; puesto que el proceso cuesta tiempo y dinero, tanto mejor si se lo puede economizar sin dejar de obtener el mismo resultado. Puede ocurrir que el resultado no sea exactamente idéntico, lo cual acaso desde el punto de vista de la exactitud pudiera inducir a preferir el concepto de *subrogados* al de *equivalentes* del proceso; la economía de tiempo y de dinero puede compensarse con una menor garantía de justicia de la composición; ello atañe, no sólo a la autocomposición, sino también a la heterocomposición obtenida, por ejemplo, mediante el proceso arbitral o mediante el proceso extranjero. Sin embargo, compensándose el peligro en cuanto a la justicia por lo menos con la ventaja en cuanto a la economía, el resultado es aceptable; en los límites en que lo sea, se reconoce el equivalente.

Naturalmente, la eficacia o la existencia misma del equivalente puede engendrar cuestión entre las partes, y de ese modo puede reanudarse la litis; es éste otro de los aspectos bajo los cuales la composición extraprocesal vale menos que la composición procesal; es más frecuente, por ejemplo, que se litigue acerca de la eficacia de una transacción o de un laudo arbitral, que acerca de una decisión del juez ordinario. Cuando así acaece, toca naturalmente al juez decidir la litis ante todo en lo que atañe a la eficacia del acto mediante el cual se proveyó a su composición.

60. COMPOSICION DE LA LITIS POR OBRA DE LAS PARTES (2).

Una composición de la litis por obra de las partes se admite en cuanto la tutela del interés que constituye material

(2) CARRESI, *La transazione*, Torino, Utet, 1954; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, Milano, Giuffrè, 1954; CARNELUTTI, *Note*

de la pretensión o de la resistencia se remita al juicio de ella. Con menor exactitud se contraponen a este propósito los llamados derechos *disponibles* a los derechos *indisponibles*; si la litis se refiere a estos últimos, su autocomposición está excluida (cfr. art. 1966², Cód. civ.).

Que haya litis que no puedan constituir objeto de transacción, resulta explícitamente del art. 806; y no es objeto de duda, tampoco bajo este aspecto, la analogía entre la transacción y las otras fuentes de autocomposición. Cuáles sean esas litis lo aclara el art. 1966 del Cód. civ.; precisamente porque la transacción sólo se consiente en cuanto los "derechos que constituyen objeto de las litis no estén sustraidos a la disponibilidad de las partes" (art. 1966², Cód. civ.), "para transigir, las partes deben tener la capacidad de disponer de los derechos que constituyen objeto de la litis" (art. 1966¹, Cód. civ.); una aplicación de esta regla la ofrece el mismo art. 806 en cuanto a las litis relativas al estado de las personas.

Por otra parte, es claro que la autocomposición no puede servir al fin de prevención de la litis a que responde el proceso voluntario (*supra*, n. 23); puesto que en él la intervención del juez se quiere al lado de la parte para prevenir litis futuras, se excluye que a ese fin puedan las partes proveer por sí mismas.

La ley no prevé otra especie de autocomposición de la litis que la *transacción* (arts. 1965 y sigtes., Cód. civ.); la jurisprudencia reconoce, sin embargo, junto a ésta, otras dos especies, que son la *renuncia* (a la pretensión) y el *reconocimiento* (de la pretensión).

En cuanto a la función, la diferencia entre ellas consiste en que mediante la transacción la composición se obtiene en

sull'accertamento negoziale, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1940, I, pág. 3; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 36; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione giudiziale*, Firenze, Sansoni, 1948; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1932, I, pág. 201; CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?* en *Rivista di dir. proc.*, 1953, I, pág. 185; SANTORO-PASSARELLI, *Nozione della transazione*, en *Rivista di dir. civ.*, 1956, pág. 303.

una línea intermedia entre la pretensión y la oposición (*aliquo dato aliquo retento* [dando algo y reteniendo algo]), mientras que por medio de la renuncia o por medio del reconocimiento una de las partes se adapta totalmente a la exigencia de la otra.

Ello acaece, en todo caso, por medio de un acto que se clasifica entre los negocios jurídicos. No se opone a esa definición el que mientras el negocio jurídico es ejercicio de un derecho subjetivo, si la pretensión es infundada no haya derecho alguno subjetivo que ejercitar, objeción que vale también desde el punto de vista de la oposición; la única consecuencia que hay que sacar de ello es que éstos son negocios jurídicos eventuales, en el sentido de que existen y producen su efecto en la eventualidad y en la medida en que exista el derecho a que se refieren. Así se explica que la disciplina de la renuncia y del reconocimiento sea idéntica, ya se trate de un derecho no discutido, ya de un derecho discutido.

La renuncia y el reconocimiento son negocios unilaterales; la transacción, en cambio, según la opinión común, se considera negocio bilateral, es decir, contrato; últimamente formulé yo contra esta opinión una duda que aquí no tendría razón de exponerse.

La equivalencia entre autocomposición y composición procesal de la litis era reconocida por el art. 1772 del antiguo Código civil, el cual, por una fórmula que debía extenderse por analogía a las otras dos especies, atribuía a la transacción "la autoridad de una sentencia irrevocable"; ello quería decir que, cuando la sentencia tuviera, como tiene de ordinario, efecto declarativo, era también éste el efecto del negocio autocompositivo; bajo este aspecto, renuncia, transacción y reconocimiento son las tres especies del *negocio de declaración de certeza*; por eso, la vieja fórmula no era inútil, y el haberla abolido no es un mérito del vigente Código civil.

61 CONCILIACION (*).

Con miras al beneficio que la autocomposición de la litis procura, evitando la pérdida de tiempo y de dinero exigidos por la solución procesal, es favorecida por la ley la actividad orientada a obtenerla y que toma el nombre de *conciliación.*

Esta actividad puede ser *privada* y *libre,* o *pública* y *disciplinada por la ley.* Esta última se distingue según se la ejercite *antes del proceso* o *durante el curso de él.*

Una especie de conciliación pública anterior al proceso es la que se opera mediante el oficio de un juez que actúa como tal, y que de ello toma su nombre (*conciliador*) y a diferencia de los demás, sólo se puede acudir para la conciliación (arts. 320; 68 y sigtes. de las disp. de aplicación); pero su eficacia práctica es muy limitada. Incomparablemente más eficaz debe considerarse la *conciliación corporativa,* prevista en cuanto a las litis individuales del trabajo y a las demás litis concernientes a normas corporativas por los arts. 430 y 467, en los cuales se estatuye la denuncia de las litis ante la asociación sindical a que pertenece el litigante que piensa promover el proceso, a fin de que la asociación misma interponga ante la asociación opuesta "sus oficios para la conciliación". Precisamente para esas litis (*infra,* ns. 650, 657, 659) la eficacia reconocida a la conciliación ha permitido que se haga de su experimento en sede corporativa, o en general en sede administrativa, un presupuesto del cual depende la proponibilidad de la demanda (cfr. arts. 412, 430, 460 y 467).

La conciliación durante el proceso está regulada por el art. 185, en el cual se dice que "si la naturaleza de la causa lo consiente (esto es, si se trata de litis respecto de la cual puede operar la autocomposición), el juez... debe tratar de conciliar a las partes...", y que "el intento... puede ser renovado en cualquier momento de la instrucción"; si la na-

(*) CARNELUTTI, *Sistema,* I, pág. 173; CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, pág. 13; REDENTI, *Profili,* pág. 197; CALAMANDREI, *Istituzioni,* I, pág. 77; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.,* I, pág. 31; SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione,* en *Rivista di dir. proc. civ.,* 1939, I, pág. 201.

turaleza de la litis reclama la conveniencia del nombramiento de un consultor para la solución de cuestiones contables (art. 198[1]), a él particularmente le está encomendado el cometido de la tentativa de conciliación (*ibi*).

La naturaleza pública del órgano conciliador, en orden a la equivalencia funcional entre composición de la litis por obra de las partes y por obra del oficio, indica que la conciliación no debe tender a poner a las partes de acuerdo a cualquier costo, sino sólo a sugerir los términos de una *equitativa composición*.

TITULO PRIMERO

DEL PROCESO ANTE ARBITROS (1)

62. FUNCION DEL PROCESO ANTE ARBITROS.

Los árbitros son personas a quienes las partes encomiendan de común acuerdo la composición de una litis de pretensión discutida (controversia; art. 806; *supra*, n. 9). El proceso ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición; se niega a los árbitros toda diversa función procesal, ejecutiva, cautelar (art. 818) o voluntaria.

Las razones por las cuales pueden las partes preferir la solución de la litis por medio de árbitros a la solución procesal ordinaria, son varias: ante todo, la naturaleza de las cuestiones, que exijan particular experiencia en quien tiene que resolverlas; la conveniencia de sustraer a la publicidad el proceso; la dificultad de servirse en el proceso ordinario de documentos que no se encuentren en regla con las prescripciones tributarias. Antiguamente había que recurrir también a los árbitros cuando las partes preferían para la composición de la litis el juicio de equidad al juicio de derecho; entonces, sólo los árbitros podían, y no el juez ordinario, cuando las partes hubiesen convenido en ello, juzgar sin tomar en cuenta las reglas del derecho; en tal caso se los

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 70; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 178, 527; REDENTI, *Profili*, pág. 210; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 817; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 33; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 621; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Soc. ed. "Vita e pensiero", 1931; CARNACINI y VASETTI, *Arbitri*, en *Nuovo digesto italiano*; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, Morano, 1954; CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, en *Rivista di dir. proc.*, 1953, I, pág. 20.

llamaba *amigables componedores*; hoy esta razón no cuenta, ya que también los jueces del Estado, al igual que los árbitros (art. 822), pueden ser dispensados de tal observancia (art. 114; *supra*, n. 31).

En cuanto el acuerdo de las partes se forme y la actividad de los árbitros se despliegue según la ley, la decisión pronunciada por éstos, que toma el nombre de *laudo* (art. 820), no ya equivale por sí sola a la decisión de los jueces (*infra*, ns. 78 y sigtes.), sino que puede adquirir eficacia igual a ella si se agrega una providencia judicial (*homologación*; *infra*, n. 664), obtenida la cual pasa a ser una sentencia (art. 825[3]).

La composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque pueda adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor (*infra*, n. 664); por eso, el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal. Se trata, sin embargo, de una heterocomposición, no de una autocomposición; la composición no la obtienen solas las partes, sino a través de la obra de uno o más terceros, análoga a la desplegada por el juez en el proceso. Aun reconociendo, pues, en el arbitraje un subrogado procesal, conviene advertir que difiere del proceso mucho menos que la transacción: las varias especies de subrogados no están todas ellas en la misma línea; la más remota del proceso es la transacción; entre la transacción y el arbitraje, una figura intermedia se contempla en la conciliación. Por lo demás, tampoco de la conciliación se pasa inmediatamente al arbitraje; hay otro instituto que cada vez se va afirmando más en la práctica (en gran parte a fin de evitar los *riesgos fiscales* inherentes, no sólo al proceso ante el juez estatal, sino también al proceso ante el juez privado), y es aquel al que se le da el nombre de *arbitraje irritual*; la irritualidad consiste en que la decisión es encomendada por las partes, al igual que en el arbitraje, a uno o más terceros, pero esa decisión no está destinada a adquirir, mediante el decreto de ejecutoriedad, la misma eficacia que una sentencia del juez estatal. Sin embargo, cómo el laudo irritual pueda determinar la composición de la litis, es un problema

de gran interés y de no fácil solución, pero que no atañe al derecho procesal.

63. COMPROMISO Y CLAUSULA COMPROMISORIA (²).

Cuando quieren encomendar la decisión de una controversia a los árbitros, las partes concluyen una convención a la cual se da el nombre de *compromiso*, o bien el de *cláusula compromisoria*, según que se refiera a una litis *iam nata* (art. 807), o a una litis *nondum nata* (art. 808); puesto que si no ha surgido ya la litis, debe estar por lo menos ya constituida la relación de la cual puede surgir, y el correspondiente poder a las partes sólo se les atribuye en cuanto esa relación tenga origen en una convención, la convención para deferir la litis a los árbitros toma en tal caso carácter de convención *accesoria* respecto de otra convención *principal*, y por eso se la llama *cláusula*; la cláusula compromisoria, a pesar de este nombre, tiene, sin embargo, un valor jurídico autónomo; en particular la nulidad de la convención principal no arrastra consigo la nulidad de la cláusula si el vicio de la primera no es común también a la segunda.

Tanto el compromiso como la cláusula compromisoria deben contener la determinación de la litis; en cuanto al compromiso, el art. 807 habla, menos exactamente, de "objeto de la controversia", siendo así que no sólo el objeto (*res petita*) debe serle determinado, sino también los demás elementos, *sujetos y causa* (*causa petendi*); naturalmente, en cuanto a la cláusula compromisoria la determinación no puede ser más que genérica, mediante determinación de la relación jurídica a la cual debe referirse la litis; pueden darse, bajo este aspecto, cláusulas compromisorias más o menos amplias, según se refieran a todas las litis que puedan surgir en orden a una determinada relación, o sólo a ciertas categorías de ellas.

El compromiso o la cláusula debe indicar también los árbitros, o en su defecto, por lo menos su número y el modo

(²) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 527 y II, pág. 116; CARNELUTTI, *Studi*, I, pág. 97 y III, pág. 99; REDENTI, *Compromesso*, en *Nuovo digesto italiano*.

como hayan de ser nombrados (art. 809[2]); también tales indicaciones son bajo pena de nulidad.

En cuanto a las litis relativas a los incapaces o a las personas jurídicas, el compromiso o la cláusula compromisoria deben llevarse a cabo según las reglas que disciplinan los actos de administración (art. 807[2]).

Tanto el compromiso como la cláusula compromisoria deben resultar de acto escrito, "bajo pena de nulidad" (arts. 807[1], 808[1]).

Una excepción a las reglas comunes acerca del compromiso se contiene en el art. 455, que consiente que una litis (individual) en materia de trabajo (*infra*, n. 649), cuando tenga carácter "predominantemente técnico", sea deferida al juicio arbitral del "consultor técnico" (nombrado por el juez; *infra*, n. 120), o bien de "un colegio compuesto por el consultor técnico nombrado de oficio, que lo preside, y por los consultores técnicos de las partes" (*infra*, n. 109) por virtud del requerimiento de las partes y de la ordenanza del juez; en tal caso tiene función de compromiso un acto (concursal; *infra*, n. 298) formado por la instancia de cada una de las partes (la cual podrá ser también verbal) y por la ordenanza del oficio; en todo caso la determinación de la litis resulta de las demandas propuestas por las partes ante el juez a que la ordenanza se refiere.

64. LIMITES DEL PROCESO ARBITRAL.

El proceso arbitral no puede ser empleado para la composición de cualquier litis; en ello está el índice seguro de su naturaleza de subrogado procesal. Los límites dentro de los cuales se lo consiente, son distintos según que el proceso derive de compromiso o de cláusula compromisoria.

En todo caso se excluyen de la composición ante árbitros las litis "que se refieren a cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no puedan constituir objeto de transacción" (art. 806); los límites de la heterocomposición arbitral son, por tanto, idénticos a los

de la autocomposición, y en particular de la autocomposición transaccional (*supra*, n. 60).

Hay también litis que son sustraídas al proceso por árbitros únicamente si éste debe hacerse en virtud de cláusula compromisoria (*supra*, n. 63); la *ratio* de esta prohibición está en el temor de que, cuando la litis no es presente, las partes no estén en condiciones de valorar adecuadamente la conveniencia del arbitraje; tales litis eran, en una primera redacción de la ley, todas las que según la rúbrica del título cuarto del libro segundo se llaman "controversias en materia corporativa"; por lo demás, en el texto definitivo (art. 808[2]) se remite únicamente al art. 467, esto es, a una sola especie de ellas, sin que sea clara la razón del cambio. En todo caso, sin embargo, el arbitraje puede ser convenido por compromiso o mediante el requerimiento de las partes en el caso previsto por el art. 455.

No constituye límite alguno del juicio arbitral la norma según la cual "la cláusula compromisoria no puede incluirse en los contratos colectivos de trabajo, en los acuerdos económicos ni en las normas equiparadas" (art. 808[2]); su fórmula, inexplicablemente oscura, puede entenderse tanto en el sentido de que la cláusula se refiere a litis colectivas que puedan surgir entre sindicatos, como en el de que se refiera a las litis individuales que puedan surgir entre los componentes de las categorías de los contratos colectivamente regulados; a la luz de la *ratio* parece preferible la segunda interpretación, ya que no habría motivo alguno para excluir la solución arbitral de las litis colectivas; lo que la norma quiere negar es la eficacia de disposiciones contenidas en el contrato colectivo o en los actos equivalentes, que impongan la solución arbitral de las litis individuales surgidas de contratos previstos en el contrato colectivo; en virtud de ella, por tanto, el proceso arbitral no se consiente sino por efecto de convención entre las partes de la litis sujeta al mismo proceso.

En todo caso el proceso ante árbitros sólo tiene carácter cognitivo (*supra*, n. 35), contencioso (*supra*, n. 17) y definitivo (*supra*, n. 43); el empleo de los árbitros en el proceso

ejecutivo y en el proceso voluntario se excluye implícitamente por la fórmula del art. 806, donde se habla de *decisión* de la controversia; por otra parte, el art. 818 excluye explícitamente que su potestad se extienda a providencias cautelares.

65. ARBITROS.

Los terceros a quienes las partes confieren la potestad de decidir la litis, toman el nombre de *árbitros* (art. 806).

Los árbitros deben ser ciudadanos italianos, no afectados por interdicción, inhabilitación, quiebra o interdicción de los oficios públicos (art. 812); si concurre en relación a ellos uno de los motivos previstos por el art. 51, pueden ser recusados (*infra*, n. 121) por la parte que no los ha nombrado, en el plazo y en el modo previstos por el art. 815.

Los árbitros pueden ser uno o varios; en esta segunda hipótesis deben ser en número desigual (art. 809[1]).

Si los árbitros no son nombrados en el compromiso o en la cláusula compromisoria (art. 809[2]), el nombramiento debe hacerse en la forma en ellos establecida. Si, como a menudo ocurre, el compromiso reconoce a cada una de las partes el poder de nombrar por sí a uno o más árbitros, la parte que quiera provocar el proceso arbitral puede invitar a la otra, en acto notificado por medio de oficial judicial, a que proceda al nombramiento que le corresponde, indicando en el mismo acto la persona o personas que él a su vez piensa nombrar; resulta, aunque no se diga explícitamente, del principio de la congruencia (*infra*, n. 329), que, en la hipótesis de cláusula compromisoria, la invitación debe contener la determinación de la litis para la cual se quiere proceder ante los árbitros; si dentro de veinte días a partir de dicha notificación la otra parte no comunica a la primera su nombramiento, éste puede ser hecho por el presidente del tribunal en cuya circunscripción se ha estipulado el compromiso o la cláusula compromisoria; al presidente se le requiere el nombramiento mediante recurso, y él lo hace por medio de decreto; antes de hacerlo puede oir, si lo considera oportuno, a la otra parte; no puede utilizarse el decreto (art. 810[1 y 2]). Cuando el nombramiento

se encomiende por el compromiso o la cláusula a la autoridad judicial o a un tercero que no haya proveido a ello, se procede en la forma ahora descrita (art. 810[3]).

La sustitución de los árbitros que lleguen a faltar, se hace en el modo previsto para el nombramiento por el compromiso o por la cláusula (art. 811[1]); si el uno o la otra no disponen sobre este tema, o si la parte o el tercero a quien se encomiende la sustitución, no proveen a ello, se aplica el art. 810 (art. 811).

6. CONTRATO DE ARBITRAJE.

El nombramiento de los árbitros, para que sea eficaz, debe ser aceptado (art. 813[1]); esta norma se aplica también en el caso previsto por el art. 455. La aceptación debe hacerse por escrito; basta a este fin la suscripción del documento del compromiso o de la cláusula compromisoria (art. 813).

Con el nombramiento y la aceptación se forma el *contrato de arbitraje*, el cual difiere del compromiso en la función y en la estructura; en la función, porque mientras el compromiso confiere a los árbitros la potestad de juzgar, del contrato provienen sus obligaciones y derechos en relación a las partes; en la estructura, porque mientras el compromiso pertenece al tipo de convención que se denomina *acuerdo*, la convención de arbitraje es un verdadero *contrato*: agréguese que es un *contrato plurilateral*, toda vez que se concluye entre cada uno de los árbitros y las partes (*infra*, ns. 297 y sigtes.).

Con el contrato de arbitraje los árbitros asumen obligaciones y adquieren derechos frente a las partes.

La obligación es, ante todo, de "pronunciar el laudo dentro del término establecido por las partes o por la ley" (art. 813[2]); en aplicación analógica de esta norma, la obligación debe considerarse extendida también al depósito del laudo en el tiempo y en el modo establecidos por el art. 825[1]; el incumplimiento de estas obligaciones expone a los árbitros al resarcimiento del daño experimentado por las partes (art. 813[2]); a diferencia de las obligaciones de derecho privado, el

incumplimiento no da lugar a resarcimiento, no sólo cuando se deba a caso fortuito o de fuerza mayor, sino también cuando haya justo motivo de él (art. 813[2]).

La ley no habla de obligación de pronunciar *secundum ius* o *secundum aequitatem*; pero el silencio no debe entenderse en el sentido de que no exista la obligación, sino en el de que su violación determina la responsabilidad del árbitro únicamente cuando sea dolosa (arg. *ex* art. 55, n. 1; *infra*, n. 193).

Los árbitros tienen derecho "al reembolso de los gastos y a los honorarios por la obra prestada" (art. 814[1]); la renuncia a este derecho no es eficaz si no se la hace por escrito (*ibi*).

El importe de los gastos y de los honorarios no puede ser determinado por acto unilateral de los árbitros (art. 814[2]): pero la norma no excluye que en el contrato de arbitraje reconozcan las partes a los árbitros este poder. En defecto de liquidación convencional (o de atribución convencional a los árbitros del poder aquí indicado), el importe se determina mediante providencia no impugnable (que la ley decide inexactamente como ordenanza, cuando debiera ser decreto; *infra*, n. 341) por el presidente del tribunal en cuya circunscripción ha sido concluido el compromiso, "en virtud de recurso de los árbitros y oídas las partes" (art. 814[2]).

TITULO SEGUNDO

DEL PROCESO EXTRANJERO (1)

67. EFICACIA DEL PROCESO EXTRANJERO.

Que la pendencia o el cumplimiento del proceso extranjero no excluya la función procesal italiana, no quiere decir que, una vez que haya sido hecho, sea del todo irrelevante respecto de dicho ordenamiento. Cada uno de los ordenamientos jurídicos puede ser autónomo en sí, y puede, por tanto, regular cualquier conflicto de intereses; sin embargo, cada uno de los ordenamientos jurídicos, no sólo no desconoce la existencia de los otros ordenamientos jurídicos, sino que puede servirse de su labor para una mejor obtención de sus fines.

En lo que atañe a la función legislativa así ocurre, en el sentido de que respecto de ciertas categorías de conflictos de intereses que están ligados a los ciudadanos o al territorio de otros Estados, el ordenamiento nacional se sirve de las fórmulas de la ley extranjera que, dada la naturaleza de tales conflictos, considera más idóneas para hacer de ellas normas nacionales encaminadas a regular tales conflictos; se opera así una remisión a la ley extranjera, la cual ni regula tales conflictos como ley extranjera, ni pasa a ser ley nacional,

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 40; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 155; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 98; MORELLI, *Il diritto processuale internazionale*, pág. 279; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 611; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 808; LUGO, *Manuale*, pág. 368; MORELLI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere e il nuovo codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1941; MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, Cedam, 1940; MONACO, *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo codice di proc. civ.*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1942, I, pág. 77.

sino que únicamente suministra a la ley nacional sus fórmulas que el ordenamiento nacional conceptúa más apropiadas para dicha regulación.

Siguiendo un mismo orden de ideas, el ordenamiento nacional puede servirse de los productos de la función procesal extranjera a los fines de la composición de la litis, no ya reconociéndoles eficacia como mandatos extranjeros, y menos aún haciéndolos convertirse en mandatos nacionales, sino asumiendo sus fórmulas como contenido de un mandato nacional. Así, si una litis ha sido ya compuesta por una sentencia extranjera, puede ella valer frente al ordenamiento nacional en el sentido de que su fórmula se incluye en un mandato nacional, que puede ser una ley o una sentencia, según se aclarará mejor dentro de poco.

Este problema ha sido hasta ahora estudiado especialmente en orden al proceso de cognición extranjero, y en cuanto a la función procesal cognitiva; algún indicio de atención se le ha prestado también en cuanto al proceso cautelar y en cuanto a ciertas formas del proceso voluntario; casi ninguna en cuanto al proceso ejecutivo; pero su completo planteamiento exige que se tome en cuenta toda especie de proceso: junto a la sentencia extranjera que condena al deudor al pago de una suma, puede darse la sentencia extranjera que pronuncie su fallo, o la providencia extranjera que otorgue al acreedor un embargo, o la otra providencia que expropie el bien del deudor.

68. EFICACIA DE LA SENTENCIA EXTRANJERA.

No cualquier sentencia extranjera es eficaz respecto del ordenamiento italiano, sino únicamente cuando presente los requisitos siguientes.

a) *La litis debe ser tal, que corresponda su decisión al juez extranjero "según los principios sobre la competencia jurisdiccional vigentes en el ordenamiento italiano"* (art. 797, n. 1); con esta fórmula se quiere decir que el ordenamiento italiano no debe excluir su decisión por parte del juez extranjero. No existiendo normas expresas que establezcan la lla-

mada competencia nacional exclusiva, los principios deben ser inferidos por medio de analogía. Naturalmente, los principios se limitan a regular la competencia entre el juez italiano y el juez extranjero; por eso, una vez reconocido que un juez extranjero puede juzgar de la litis, es indiferente que, según el derecho extranjero, sea él el juez que pronunció la sentencia u otro juez distinto.

b) No debe haberse realizado o estar realizándose sobre la litis el proceso italiano, que tiene la prevalencia sobre el proceso extranjero. La primera de dichas hipótesis está prevista por la ley mediante la fórmula: si la sentencia "no es contraria a otra sentencia pronunciada por un juez italiano" (art. 797, n. 5); el contraste no puede verificarse sino en cuanto ambas sentencias se refieran a la misma litis o al mismo asunto; pero es relevante no tanto el contenido cuanto la existencia de una sentencia italiana sobre la misma litis; aunque la sentencia italiana sea conforme a la extranjera, es la primera la que vale. Además excluye la eficacia de la sentencia extranjera el hecho de que esté "pendiente ante un juez italiano un juicio por el mismo objeto y entre las mismas partes" (art. 797, n. 6); la fórmula alude a la identidad de los elementos subjetivos y objetivos de la litis. Entre las dos hipótesis hay esta diferencia, que si el proceso italiano se termina culminando en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (*infra*, n. 80), es indiferente el momento en que hubiera tenido inicio; en otro caso, el proceso italiano no prevalece sobre el proceso extranjero si no fue iniciado antes que él (art. 797, n. 6).

c) Deben concurrir en el proceso extranjero ciertas garantías fundamentales de justicia: α) válida introducción (notificación de la demanda y plazo para comparecer; *infra*, ns. 385 y sigtes.); β) válida comparecencia de las partes o declaración de la contumacia (art. 797, ns. 2 y 3; *infra*, ns. 389 y sigtes.). La validez de dichos actos se aprecia según las normas del ordenamiento en virtud del cual se emitió la sentencia.

d) La sentencia extranjera, según tales normas, debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 797, n. 4:

infra, n. 80); la noción del paso en autoridad de cosa juzgada, sin embargo, se infiere de la ley italiana (art. 324).

e) La sentencia extranjera no debe contener "disposiciones contrarias al orden público italiano" (art. 797, n. 7), esto es, a las normas o a los principios cuya observancia está impuesta en interés público.

69. DECLARACION DE CERTEZA DE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA EXTRANJERA.

De los requisitos recién descritos la ley dispone *la declaración de certeza judicial constitutiva* (*supra*, n. 34); por tanto, la sentencia extranjera no es eficaz sino en cuanto la existencia de tales requisitos haya sido declarada cierta por el juez nacional. Dicha declaración de certeza es necesaria para cualquier efecto de la sentencia extranjera; a diferencia del art. 941 del código abrogado, los arts. 796 y 799 no hablan de "hacer *ejecutar*", sino de "hacer *valer*", dicha sentencia. Por tanto, la sentencia extranjera suministra la fórmula a una sentencia italiana, mientras que si la declaración de certeza no fuese constitutiva, la fórmula se encuadraría en la ley nacional: en efecto, puesto que en tal caso la sentencia extranjera, una vez dotada de los requisitos prescritos, sería eficaz por sí misma respecto del ordenamiento interno, ello implicaría que su fórmula se incluiría en él cual si fuese una fórmula legislativa.

La declaración de certeza se hace a demanda de parte (arts. 796 y 799); por eso, una sentencia extranjera, aun cuando presente los requisitos previstos por el art. 797, puede permanecer como letra muerta respecto del ordenamiento nacional si ninguna de las partes la hace valer; en otras palabras, la cosa juzgada constituida por la sentencia extranjera, a diferencia de la constituida por la sentencia nacional, no puede ser denunciada de oficio. La demanda de declaración de certeza puede ser propuesta por un curador especial de la parte, nombrado a instancia del ministerio público por el presidente de la Corte de apelación competente según el art. 796[1], cuando se haya hecho requerimiento de ello en vía

diplomática (art. 796[2]) por el Estado al cual pertenece el juez que juzgó.

Legitimado para pedir la declaración de certeza es quienquiera que hubiere tenido legitimación para proponer ante el juez nacional la pretensión o la oposición sobre la cual se ha pronunciado la sentencia. En el procedimiento debe intervenir el ministerio público (art. 796; *infra*, n. 200).

La declaración de certeza puede ser *principal* o *incidental*.

La declaración de certeza principal la pronuncia la Corte de apelación "del lugar donde debe tener aplicación la sentencia"; *rectius*, en cuya circunscripción deben realizarse actos para su ejecución (art. 796[1]). La declaración de certeza principal atribuye a la sentencia extranjera la misma eficacia que si hubiese sido pronunciada por el juez nacional.

La declaración de certeza es incidental cuando la sentencia extranjera es hecha valer en un proceso pendiente (según la fórmula del art. 337[2]; cuando en ese proceso se invoque su autoridad); en cuanto para la decisión que hay que pronunciar en ese mismo proceso tenga ella relevancia, la declaración de certeza la hace el juez al que se ha acudido, aunque no sea la Corte de apelación prevista por el art. 796[1]; pero en este último caso la declaración de certeza "produce efectos solamente en el juicio en que se hace valer la sentencia extranjera" (*rectius*, respecto de la litis deducida en el proceso principal; art. 799[1]).

70. IMPUGNACION DE LA SENTENCIA EXTRANJERA.

Si la sentencia extranjera "se la pronunció en contumacia", o "cuando concurra alguno de los casos indicados en los ns. 1, 2, 3, 4 y 6 del art. 395" (*infra*, ns. 613 y sigtes.), la parte demandada para declaración de certeza puede obtener de la Corte de apelación el "nuevo examen del fondo de la causa"; *rectius*, puede impugnar ante la corte a la que se ha acudido para la declaración de certeza, la sentencia extranjera (art. 798); la corte, si concurren los requisitos del *iudicium rescindens*, pronuncia nuevamente sobre la litis

(*iudicium rescissorium*; *infra*, ns. 541 y sigtes.), como lo haría un juez de apelación; en tal caso la litis la decide el juez nacional. Dicha impugnación puede proponerse en cuanto la litis decidida por el juez extranjero sea una de aquellas respecto de las cuales el art. 3 excluye la jurisdicción italiana; en efecto, en tal caso el extranjero contra quien se dirigiría la impugnación ha aceptado la jurisdicción italiana al proponer la demanda de reconocimiento de una sentencia que, según el art. 798, sabe él que puede ser impugnada.

Cuando la declaración de certeza se pide en vía incidental, la impugnación no puede ser propuesta al juez del proceso principal si éste no es la Corte de apelación competente según el art. 796; en tal caso el juez del proceso principal "suspende el procedimiento y fija un término perentorio para proponer la demanda de nuevo examen ante la Corte de apelación competente" (art. 799[2]).

71. EFICACIA DE LA SENTENCIA ARBITRAL EXTRANJERA.

La eficacia de las sentencias arbitrales extranjeras (pronunciadas en virtud de un ordenamiento jurídico extranjero) está subordinada, no ya sólo a los requisitos descritos en el n. 68, sino también a los siguientes (art. 800):

a) *que la litis no sea de las que, según el art. 806, no pueden ser deferidas a los árbitros;*

b) *que hayan sido pronunciadas "entre extranjeros o entre un extranjero y un ciudadano o bien entre ciudadanos domiciliados o residentes en el extranjero* (*scilicet*, en el territorio del Estado extranjero en virtud de cuyo ordenamiento ha sido pronunciada la sentencia);

c) *que "según la ley del lugar en que han sido pronunciadas* (*rectius*, según el ordenamiento en virtud del cual se las ha pronunciado), *tenga eficacia de sentencia de la autoridad judicial".*

La eficacia de tales sentencias se declara cierta lo mismo que la de la sentencia del juez extranjero.

72. EFICACIA DE PROVIDENCIAS EJECUTIVAS O CAUTELARES EXTRANJERAS.

En línea política es discutible si, al lado de las normas que disciplinan la eficacia de las providencias jurisdiccionales extranjeras y, como veremos, de las providencias de jurisdicción voluntaria, no sería conveniente instituir otras relativas a las providencias cautelares o ejecutivas; como de la existencia de otros ordenamientos jurídicos se toma en cuenta en orden al proceso de cognición y al proceso voluntario, parecería justo hacerlo también así en orden a las otras dos especies procesales. Aunque el nuevo código sea fruto de una elaboración científica muy avanzada, quien lo formó no se planteó en estos términos el problema; por eso, en el título séptimo del libro cuarto no se habla ni de providencias ejecutivas ni de providencias cautelares. En principio, pues, el proceso ejecutivo o el proceso cautelar extranjero no tiene eficacia alguna en cuanto al ordenamiento italiano. Sólo en el caso de que una providencia ejecutiva o cautelar extranjera tenga forma de sentencia, una amplia interpretación del art. 796 podría permitir que se le reconociera eficacia.

73. PROCESO VOLUNTARIO EXTRANJERO.

Con una fórmula muy imperfecta, el art. 801 prevé la eficacia del proceso voluntario extranjero, regulándola según las normas contenidas en los arts. 796 y 797 "en cuanto sean aplicables". Considerada la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario, la tal última frase debe ser entendida en el sentido de que la declaración de certeza de la eficacia debe obtenerse en los modos previstos por los arts. 737 y sigtes., relativos a los llamados *procedimientos en cámara de consejo* (*infra*, ns. 910 y sigtes.).

TITULO TERCERO

DEL PROCESO ECLESIASTICO (1)

74. EFICACIA DEL PROCESO ECLESIASTICO.

Atribuidos por la ley del 27 de mayo de 1929, n. 847, art. 5, al "matrimonio celebrado ante un ministro del culto católico, según las normas del derecho canónico... cuando esté transcrito en los registros del estado civil..." los mismos efectos del matrimonio civil, y sustraida, por otra parte, a la jurisdicción civil la litis correspondiente a su nulidad (*supra*, n. 55), la composición a los efectos civiles de esa misma litis no podía obtenerse de otro modo que atribuyendo eficacia respecto del ordenamiento civil a la sentencia pronunciada acerca de ella en el proceso eclesiástico. Esta eficacia es reconocida por el art. 17 de la mencionada ley.

A diferencia de la sentencia extranjera, la eficacia de la sentencia eclesiástica no está subordinada a requisito intrínseco alguno, sino únicamente a un requisito extrínseco, que consiste en el decreto del Tribunal Supremo de la Signatura (art. 17), el cual, según el art. 34[6] del Concordato de Letrán, "controlará si han sido respetadas las normas del derecho canónico referentes a la competencia del juez, a la citación y a la legítima representación o contumacia de las partes".

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 165; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 53; DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, pág. 449; DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario*, pág. 145; JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Città di Castello, Soc. ed. "Leonardo da Vinci", 1934; pág. 321; GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Milano, Soc. ed. "Vita e Pensiero", 1937, pág. 69.

75. DECLARACION DE CERTEZA DE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Aunque provista del decreto del Tribunal Supremo de la Signatura, la sentencia eclesiástica no tiene eficacia respecto del ordenamiento civil si no ha intervenido una declaración de certeza del juez civil, cuya función (constitutiva) es idéntica a la que acabamos de ver respecto de la sentencia extranjera.

Pero es distinto el objeto de la declaración de certeza, toda vez que para la sentencia eclesiástica todo se reduce a verificar la existencia del decreto del Tribunal Supremo de la Signatura (art. 34, cit.); se trata, pues, de una declaración de certeza de segundo grado (declaración de certeza de declaración de certeza).

Es distinta también la estructura de la declaración de certeza, la cual es siempre pronunciada en vía principal por la "Corte de apelación de la circunscripción a que pertenece el municipio en el cual fue transcrito el acto de celebración del matrimonio" (art. 17 de la ley del 27 de mayo de 1929, n. 847); a esa misma autoridad eclesiástica trasmite su sentencia (art. 49, de la Instrucción del 1º de julio de 1929 de la Sagrada Congregación *de disciplina Sacramentorum*); de la fórmula compendiosa del art. 17 cit., se infiere que para la declaración de certeza no se necesita de instancia de parte; la providencia tiene forma de ordenanza, pero según las buenas normas técnicas, debería ser un decreto (*infra*, n. 341).

LIBRO CUARTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO

76. DIVISION.

Los efectos del proceso deberían estudiarse en orden a cada uno de sus tipos fundamentales, tal como se los delineó en el libro primero. Pero la interferencia entre los diversos tipos (*supra*, n. 2) complicaría mucho la exposición; a fin de simplificarla, considero que el estudio puede hacerse en seis títulos, dedicados, respectivamente, al *proceso de cognición* (*contencioso*), al *proceso de ejecución* (*contencioso*), al *proceso de inyunción*, al *proceso cautelar*, al *proceso voluntario* y al *proceso penal*.

TITULO PRIMERO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO DE COGNICION [1]

77. JUICIO.

En todas sus especies el proceso de cognición, una vez que se cumple y salvo los casos de su extinción (*infra*, n. 511), se concluye en un *juicio*; por eso, *juicio* se dice también en lugar de *proceso*, si éste es cognitivo, extendiendo el nombre del efecto a la causa (*supra*, ns. 1 y 30), y hasta la palabra juicio no pocas veces se usa para denotar más genéricamente el proceso, independientemente de su carácter, lo cual se explica por el hecho, ya destacado, de la importancia predominante y aun absorbente que en el desarrollo del pensamiento científico ha asumido el proceso de cognición.

Puesto que en latín juicio se traduce también mediante la palabra *sententia*, se comprende que se haya pensado y se

[1] CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 374; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 270; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, IV, pág. 67; CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 83, 346; REDENTI, *Profili*, pág. 126; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 65; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 576; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 108; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 569; BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, tip. Bianchini, 1922; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935; UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, Athenaeum, 1917; ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, Cedam, 1937; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, en *Rivista italiana per le scienze giur.*, 1933, pág. 3; CARNELUTTI, *Studi*, I, pág. 431; CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, I, pág. 1; CALAMANDREI, *Studi*, III, pág. 131; SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1934, I, pág. 251; SEGNI, *La natura dell'eccezione di cosa giudicata etc.*, en *Foro it.*, 1937, I, 826.

haya dicho, y todavía se piense y se diga, que el proceso de cognición culmina, no ya en el juicio, sino en la sentencia. Por lo demás, es de notar a este propósito que la palabra sentencia adquiere en el lenguaje procesal un valor específico que indica más bien la forma que la sustancia del acto en que se resuelve el proceso de cognición (*infra*, n. 339), y es posible que tal forma sea la de una providencia distinta de la sentencia (ejemplo, decreto); por eso, tratando de obtener en los límites de lo posible los beneficios del lenguaje exacto, mejor es hablar de juicio que de sentencia como conclusión del tipo aquí considerado de proceso.

El juicio en que se resuelve el proceso, constituye la solución de las cuestiones que se presentan en el proceso (*supra*, n. 13); habida cuenta de la distinción entre *cuestiones de orden* y *cuestiones de fondo* (*ibi*), debe distinguirse la hipótesis en que el proceso culmine en un puro *juicio de orden*, de aquel en que produzca un *juicio de fondo*; solamente el juicio de fondo representa el buen fin del proceso; cuando de él no se obtiene más que un juicio de orden (pronunciamiento *negativo*; *infra*, n. 481), en realidad, el proceso se lo ha hecho en vano.

Puesto que juicio denota tanto el *acto* como el *efecto* del juzgar, y aquí se trata de estudiar este último, a fin de evitar equívocos y seguir la tradición, en lugar de *juicio*, para indicar el resultado del proceso de cognición, se dice *lo juzgado*.

78. COSA JUZGADA.

Si con el proceso se obtiene la cosa juzgada de fondo, se dice que la *res* ha sido juzgada, frase en la cual por *res* se entiende la realidad sobre la cual opera el proceso, esto es, la litis (*supra*, n. 5) o el negocio (*supra*, n. 19); *res iudicata* o *iudicium de re*, son dos fórmulas equivalentes, es decir, la misma cosa vista del derecho y del revés. *Cosa juzgada*, pues, significa el *fallo de mérito que se obtiene mediante el proceso de cognición*, o en otros términos, el fallo sobre las *cuestiones de fondo* (*supra*, n. 13); las cuestiones de fondo juzgadas

no sólo son las *expresamente resueltas*, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para la solución de las primeras, y que, por tanto, *se resuelven implícitamente* (el llamado *fallo implícito*). Puesto que las cuestiones de orden no atañen a la litis (*supra*, n. 13), su solución no constituye nunca cosa juzgada.

Esta fórmula reclama, según el concepto común, no tanto el resultado de cualquier proceso de cognición, cuanto el del proceso de cognición contencioso; por lo demás, a medida que el conocimiento profundo de los fenómenos procesales hace surgir al lado de la del proceso contencioso la figura del proceso voluntario, y también junto al proceso definitivo el proceso cautelar, no hay razón para no extender su concepto a todas las especies del proceso jurisdiccional: es *iudicata* la *res* cuando el juez ha formulado el juicio de fondo tanto en sede contenciosa como en sede voluntaria, tanto en sede definitiva como en sede cautelar.

79. EFICACIA MATERIAL DE LA COSA JUZGADA.

Cuando se dice que el proceso de cognición culmina en un fallo, se conoce la sustancia de su acto conclusivo, pero queda por conocer la eficacia de él. Quién se apreste a esta otra indagación, advertirá fácilmente que el del juez no puede ser un juicio cualquiera, es decir, que tenga eficacia igual al juicio del consultor, pues de lo contrario los efectos represivos o preventivos de la litis no podrían ser obtenidos; si después del proceso los contendientes fuesen libres para aceptar o no la *sententia*, la litis podría permanecer viva o abierta lo mismo que antes (*supra*, n. 30). Ello explica por qué el juicio del juez, a diferencia del juicio del consultor, tenga carácter *vinculativo* o *imperativo*; imperativa, pues, es la eficacia de la cosa juzgada, y la fórmula de cosa juzgada se emplea para significar, no tanto el fallo, cuanto el fallo dotado de tal eficacia.

Aquí es necesario entender bien cómo pueden conciliarse dos actos distintos cuales son el juicio y el mandato; la conciliación se obtiene si se reflexiona que en realidad procede

de dos sujetos distintos, cuales son el juez y el legislador: el juez no hace más que juzgar, y el legislador manda que lo que él haya juzgado valga como si hubiese sido mandado por él mismo. No hace falta más para concluir que la fórmula más exacta para expresar la eficacia de la cosa juzgada consiste en decir que (dentro de los límites que pronto aclararemos) el juicio del juez *hace ley*, según decía el antiguo Código civil (art. 1372), cuya fórmula era mejor que la adoptada por el art. 2909 del Código civil vigente. Aquí, para entender plenamente la eficacia de la cosa juzgada, preciso es referirse a la teoría de los mandatos jurídicos, y en particular a la teoría de las fuentes del derecho (objetivo), que es la única que puede explicar cómo el juicio del juez pueda injertarse en el sistema de mandatos, generales o particulares, que constituyen el orden jurídico; por tanto, éste es otro de los puntos en que la teoría del proceso desemboca necesariamente en la teoría general del derecho; en particular recomendamos al alumno que se haga cargo de que los conceptos de derecho y de ley no coinciden exactamente, y que los mandatos jurídicos no son necesariamente ni autónomos ni generales, razón por la cual junto a ellos existen los mandatos *complementarios* y *particulares*. De todos modos, que al juicio del juez se le atribuya eficacia de mandato explica por qué, en el lenguaje común, la eficacia de la cosa juzgada sea denotada como *autoridad* (así decía el Código civil abrogado en el art. 1351, y así dicen todavía los Códigos de procedimiento; cfr. arts. 337², Cód. proc. civ., y 21, 27, 28, Cód. proc. pen.).

Los caracteres normales de la cosa juzgada son precisamente la *complementariedad* y la *particularidad* o *singularidad*. Cuando decimos que la cosa juzgada consiste en un mandato complementario, se entiende que, puesto que normalmente el proceso es declarativo (*supra*, n. 32), el mandato en que se resuelve el juicio del juez no crea sino que declara cierta una relación jurídica preexistente; por lo demás, el carácter imperativo del juicio se presenta todavía, por cuanto después de él la relación jurídica existe como si la ley misma la hubiese estatuido singularmente. Cuando decimos que la cosa juzgada consiste en un mandato particular, se entiende

precisamente que el juicio del juez atañe a un caso singular (a una o más relaciones jurídicas) no a una serie de casos (de relaciones jurídicas); por lo demás, el carácter imperativo existe todavía y hasta se afirma mejor por cuanto en lo que respecta a un caso singular el juez ha considerado que vale como si para aquel caso el legislador lo hubiese mandado. Por otra parte, sobre los caracteres recién indicados no se puede poner entre la ley y la cosa juzgada más que una diferencia normal, no en modo alguno una diferencia constante: en efecto, hay leyes complementarias (las llamadas *leyes interpretativas*), así como hay también sentencias autónomas (*sentencias dispositivas*; *supra*, n. 31) y hay, por otra parte, leyes particulares (las llamadas *leyes impropias*) y sentencias generales (*sentencias colectivas*; arts. 409 y sigtes.; *supra*, n. 49).

El principio que expresa la eficacia de la cosa juzgada es, pues, el siguiente: *la cosa juzgada hace (vale como) ley respecto de la relación jurídica deducida en el juicio*; si en la fórmula del art. 2909 del Cód. civ., en lugar de "hace ley", se dice *"forma estado"*, esto no puede significar sino que precisamente el juicio *vale para establecer jurídicamente la relación* como si lo hubiese pronunciado el legislador. Cuando la relación deducida en el juicio es singular (litis o negocio *individual*), la eficacia de la cosa juzgada, naturalmente, no se extiende a ninguna otra relación, por más similar que sea; tal limitación se expresaba en el art. 1351 del antiguo Código civil con una fórmula analítica en la cual se mencionaban los tres elementos de la relación (*personæ, res, causa*); en el uso común la misma limitación se anuncia diciendo que la cosa juzgada hace ley o forma estado sólo *en relación a las partes*; pero este modo de decir sólo es exacto en cuanto se entienda, traslaticiamente, denotar mediante la identidad de las partes la identidad de la relación; en cambio, si se quisiera entender que la relación está constituida o declarada cierta sólo en relación a las partes, esto, como pronto veremos, sería un error; por eso, también bajo este aspecto la fórmula del art. 2909 del Cód. civ. ha empeorado notablemente el art. 1351 del Código anterior. Si la litis deducida en el juicio es colectiva

(*proceso colectivo*; arts. 409 y sigtes.; *supra*, n. 49), el *formar estado entre las partes* debe entenderse en orden, no ya al concepto de persona, sino al de *categoría* (*supra*, ns. 16 y 49), y como ya lo hemos hecho observar, la cosa juzgada tiene carácter de mandato general, pero siempre dentro de los límites de la categoría deducida en el juicio.

La eficacia o autoridad de la cosa juzgada, tal como ha sido definida en este punto, tiene carácter *material* en el sentido de que se manifiesta o se expande fuera del proceso; lógicamente, el resultado del proceso no puede quedar contenido en él; jurídicamente, el proceso se hace a fin de integrar el derecho, y su producto no puede menos de trascender el ciclo productivo. Por tanto, el nuevo Código de procedimiento civil ha dejado con razón fuera de sí, remitiéndola al Código civil, la norma que define este tipo de eficacia de la cosa juzgada.

Precisamente porque la eficacia material de la cosa juzgada se resuelve en la declaración de certeza o en la constitución de una relación jurídica, y por ello se despliega fuera del proceso, dicha eficacia se manifiesta en relación a todos, no sólo en relación a las partes, en el sentido de que en relación a todos se fija la tal relación: por ejemplo, si una sentencia pronuncia la interdicción de una persona o condena a alguien al pago de una suma, el estado de interdicción o la relación de obligación existe en orden a cualquiera; en este sentido no es exacto decir que la eficacia de la cosa juzgada se limita a las partes; el antiguo aforismo *res iudicata tertio neque nocet neque prodest* [la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha] significa ciertamente que el juicio no afecta a otra relación jurídica distinta de la que las partes han deducido en el proceso, pero no que esa relación entre las partes pueda ser desconocida por los terceros: si el juez declara en relación a Ticio que una cosa pertenece a Cayo, la sentencia no impide a Sempronio reivindicarla de Cayo, que la tiene en posesión, pero no le permite considerar ya a Ticio como propietario de ella. Por tanto, en cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definitiva en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia *de reflejo*

también en relación a ellos; por eso la limitación a las partes de la cosa juzgada (que es un modo de expresar, con referencia a los sujetos de la litis, su limitación a la litis decidida), se suele hoy referir a la eficacia *directa*, y se distingue la eficacia *directa*, que sólo atañe a las partes, de la eficacia *refleja*, que atañe también a los terceros. Naturalmente, la tal eficacia refleja se traduce en un beneficio o perjuicio práctico únicamente si los terceros son sujetos de relaciones jurídicas conexas con las definidas en el juicio (*supra*, n. 15), por lo cual todavía en orden a la eficacia refleja de lo juzgado suelen dividirse los terceros en terceros *jurídicamente indiferentes* y terceros *jurídicamente interesados*. El prototipo del tercero jurídicamente interesado, en orden al cual la sentencia ejerce su eficacia, es el sucesor a título particular en la relación litigiosa (ejemplo, el adquirente de la *res litigiosa*; art. 111[4]).

Finalmente, no hay que confundir con la eficacia de la cosa juzgada, la eficacia que pueda tener, no el juicio, sino el pronunciamiento de él como hecho jurídico, por ejemplo, si, como veremos, el pronunciarlo es una obligación del juez (*infra*, n. 193), el haberlo pronunciado constituye cumplimiento de esa obligación, y tiene el efecto extintivo o liberatorio propio de todo acto debido; asimismo, si un negocio se realiza *sub condicione* de la decisión de una litis en un determinado modo, la tal decisión tiene el efecto de la verificación de la condición, y así sucesivamente. A fin de evitar toda confusión, conviene distinguir este tipo de eficacia de la eficacia de la cosa juzgada, hablando de eficacia *externa*, en vez de eficacia *interna* del juicio.

80. EFICACIA PROCESAL DE LA COSA JUZGADA.

De la eficacia *material* de la cosa juzgada, que opera *fuera del proceso* (*supra*, n. 79) se distingue su eficacia *procesal*, la cual se despliega, en cambio, *en el proceso mismo, tanto de cognición como de ejecución*.

a) La eficacia imperativa del juicio no excluye que éste pueda ser modificado; una posibilidad de tal índole existe

respecto de la ley, cuya imperatividad nadie discute. Entre juicio legislativo y juicio procesal hay, sin embargo, esta diferencia, que mientras los interesados no pueden provocar la formación del primero, tienen, en cambio, ese poder respecto del segundo. De ello se sigue que si la parte a quien no agrada el juicio pronunciado pudiera obtener o aun solamente pedir ilimitadamente el cambio de él, la litis, en lugar de componerse, permanecería o podría permanecer siempre abierta. *La composición de la litis exige, pues, no sólo la imperatividad, sino hasta cierto punto también la inmutabilidad del juicio*; cuál sea ese punto lo veremos a continuación; aquí baste establecer que ese momento debe llegar, y que, por tanto, la eficacia del juicio procesal se resuelve, no sólo en la imperatividad, sino también en la inmutabilidad.

Durante largo tiempo estas dos distintas especies de eficacia permanecieron confundidas; un índice de la confusión fue que también la segunda se denotara con el nombre de *cosa juzgada*. Pero los más recientes estudios han permitido una acabada distinción entre ellas; por lo pronto, mientras la imperatividad del juicio es, según dijimos, un efecto de derecho material, la inmutabilidad es, por el contrario, genuinamente *procesal*, y se resuelve en la falta del poder de juzgar, en cualquier juez, lo que ya ha sido juzgado. Para evitar la confusión, mientras a la imperatividad se la denomina *cosa juzgada material*, la inmutabilidad toma el nombre de *cosa juzgada formal*. Un fruto de tales estudios es que el nuevo Código de procedimiento italiano haya tomado en cuenta la distinción y su valor, y haya definido la *cosa juzgada formal*, que es verdaderamente un concepto perteneciente al proceso, y haya remitido al Código civil la definición de la cosa juzgada material.

La primera se denota en la práctica mediante la fórmula del *paso en cosa juzgada*; se dice que el juicio *ha pasado en cosa juzgada* cuando ha adquirido la inmutabilidad. Por lo demás, como veremos, el régimen de las impugnaciones está hecho de tal modo que algunas de ellas se las pueda proponer sin término preclusivo (*infra*, n. 533); por eso, no estando nunca excluida la posibilidad de ello, una inmutabilidad abso-

luta no puede reconocérsele nunca al juicio, lo cual basta para establecer la necesaria separación entre imperatividad e inmutabilidad, por cuanto si la segunda fuese una condición de la primera el juicio no llegaría a ser nunca imperativo. De ello se sigue que a la fórmula del paso en cosa juzgada se atribuya un valor relativo; se dice pasado en cosa juzgada el juicio, no ya cuando ha llegado a ser absolutamente inmutable, sino cuando lo es normalmente; en este sentido, leemos en el nuevo código que ha "pasado en cosa juzgada la sentencia que no está ya sujeta ni a regulación de competencia, ni a apelación, ni a recurso de casación, ni a revocación por los motivos que se indican en los ns. 4 y 5 del art. 395" (art. 324). Este artículo no tiene otro valor que el de suministrar una fórmula breve para denotar el grado a que el proceso debe haber llegado para que el juicio despliegue ciertos efectos (cfr., por ejemplo, art. 627).

La cosa juzgada formal implica la cosa juzgada material, en el sentido de que sólo en cuanto el juicio esté dotado de *imperatividad* puede pasar a ser *inmutable;* por eso no se puede hablar de *paso en cosa juzgada* de la sentencia sobre las cuestiones de orden, las cuales no son objeto de cosa juzgada material (*supra,* n. 79); puede ocurrir que sobre una cuestión de orden no sea lícito volver, razón por la cual su solución sea o venga a ser inmutable, pero la inmutabilidad no provenga de las normas que instituyen la cosa juzgada formal, sino que, en cuanto existan, de otras normas; es, por tanto, falaz la noción del fallo implícito sobre la competencia o sobre la legitimación.

b) La eficacia de la cosa juzgada, en cuanto opera respecto del proceso de ejecución, toma el nombre de *eficacia ejecutiva,* o también simplemente de *ejecutividad,* o también de *ejecutoriedad de la sentencia* (cfr. el capítulo cuarto del título primero del libro segundo del código; *infra,* n. 484). A diferencia del aspecto anterior de la eficacia procesal de la cosa juzgada, que se resuelve en la *preclusión de un proceso ulterior de cognición,* en este otro aspecto la eficacia de la cosa juzgada consiste, en cambio, en *admitir que para la*

ulterior composición de la litis o definición del negocio opere el proceso ejecutivo o la ejecución administrativa.

La eficacia ejecutiva no es propia exclusivamente de la cosa juzgada; más adelante veremos, y por lo demás lo hemos indicado ya, que el proceso de cognición no siempre es un precedente necesario del proceso ejecutivo, para cuya promoción baste el *título ejecutivo* (*infra*, n. 172); por tanto, éste no siempre representa una sentencia, sino que puede representar también un acto distinto, judicial o extrajudicial. En cuanto por título ejecutivo se entiende en el lenguaje corriente, no sólo el documento que representa el acto, sino también el acto en él representado (*infra*, *ibi*), la eficacia ejecutiva de la sentencia se acostumbra a expresar también como *eficacia de título ejecutivo.*

La eficacia ejecutiva de la sentencia está, dentro de ciertos límites, ligada a su eficacia procesal del otro tipo, es decir, a su *paso en cosa juzgada* (*supra*, *sub a*); de ordinario, mientras no haya pasado en cosa juzgada la sentencia no abre acceso a la ejecución forzada; esta regla sufre, sin embargo, una excepción en el caso de la llamada *ejecución provisional* (*infra*, n. 484).

81. CONSTITUCION DE LA COSA JUZGADA MATERIAL.

A pesar de la distinción lógica hecha notar, las relaciones entre los dos aspectos de la cosa juzgada pueden regularse de modo que, dentro de ciertos límites, la imperatividad de la cosa juzgada dependa de la inmutabilidad de ella, en el sentido de que sea necesaria la exclusión de cierta posibilidad de su mutación para que el juicio adquiera valor imperativo.

La fórmula de la cosa juzgada material contenida en el art. 1351 del Código civil abrogado no resolvía en modo alguno la cuestión, porque concernía a sus efectos, no a sus requisitos. En cambio, pretende resolverla el nuevo código, cuyo art. 2909 parece subordinar el *formar estado* de la declaración de certeza, con que se ha querido expresar la eficacia imperativa o material de la sentencia, a su paso en cosa juzgada; pero si *formar estado* significa que la

sentencia se incluye a manera de mandato en el orden jurídico y debe ser obedecida, es evidente la observación de que aun antes de pasar en cosa juzgada la sentencia puede ser *ejecutiva* (*infra*, n. 484) e implicando la posibilidad de su ejecución la necesidad de la obediencia, no se resuelve en otra cosa que en su imperatividad.

La verdad es que el problema de las relaciones entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal lo resuelven, en cambio, las normas que atañen a la *ejecutividad* de la sentencia (*infra*, n. 484); en efecto, sólo en cuanto para la actuación de la relación jurídica declarada o constituida cierta por la sentencia pueda operar el proceso ejecutivo y con él la sanción, tal relación existe plenamente; por eso, cuando la ley establece que una sentencia, o en general un juicio pronunciado en el proceso de cognición, no sea ejecutivo, suspende la imperatividad de él.

Desde el punto de vista dogmático, puesto que la imperatividad del juicio depende de un determinado evento, éste opera como condición suspensiva (*iuris*) de su eficacia material (*infra*, n. 360).

82. EXTINCION DE LA COSA JUZGADA MATERIAL (2).

Puesto que la cosa juzgada material (*supra*, n. 79) es un efecto que se despliega fuera del proceso, no atañe al derecho procesal el problema referente a su extinción. Baste aquí indicar que, ciertamente, hay casos en que se consiente volver a proponer la litis a pesar de la cosa juzgada, *cuando haya intervenido una mutación en el estado de hecho o en el estado de derecho que existía cuando se constituyó la cosa juzgada*; para tener una idea de ello léase, por ejemplo, el art. 440 del Cód. civ. en materia de alimentos, o el art. 429 (*ibi*) en materia de interdicción o inhabilitación, o el art. 710 relativo a la modificación "de las providencias referentes a los cónyuges

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 292; BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati di alimenti*, Camerino, Tonnarelli, 1921; CRISTOFOLINI, *Efficacia della sentenza nel tempo*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1935, I, pág. 293.

y a la prole (*rectius*, a las relaciones entre los cónyuges separados y a las relaciones de ellos con la prole) contenidas en la sentencia" (*scilicet*, que ha dispuesto la separación conyugal), la cual puede "siempre" ser pedida por cada uno de los cónyuges, y así aun cuando la sentencia haya pasado en cosa juzgada, e incluso sin necesidad de que haya intervenido ninguna mutación, lo cual puede acaso parecer excesivo; en tales casos, que se agrupan bajo la denominación de *revisión del juicio*, la posibilidad de que se pronuncie un nuevo juicio supone lógicamente la extinción de la eficacia del juicio anterior. No pertenece, por tanto, al derecho procesal la norma contenida en el art. 428, la cual no hace más que limitar la eficacia material de la sentencia colectiva.

Pero hay que tener en cuenta, en el campo procesal, otra hipótesis que determina la extinción de la cosa juzgada material. A lo largo de la exposición se verá cómo el proceso está pergeñado en forma que garantice la cosa juzgada formal y, por tanto, se excluya que sobre la misma litis puedan formarse dos o más distintas cosas juzgadas; en particular, nos remitimos aquí desde ahora a las normas relativas a la impugnación de las sentencias, las cuales, por una parte, tienden a evitar el concurso y, por tanto, el conflicto entre dos impugnaciones distintas, y por otra a consentir la revocación de una sentencia cuando esté en contraste con otra sobre la misma litis (*infra*, ns. 546 y sigtes., 614 y sigtes.). Sin embargo, puesto que un ordenamiento procesal no puede ser perfecto, y hasta en el nuevo código se observa a este respecto cierto error, no puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de otro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda (*infra*, n. 547).

TITULO SEGUNDO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO EJECUTIVO [1]

83. RESTITUCION FORZADA.

Como en general todo el proceso ejecutivo, así también en especial el problema de la eficacia de su acto conclusivo ha sido objeto de estudio mucho menos profundo que respecto del proceso de cognición; por eso, no existe fórmula análoga a la de la cosa juzgada, que sirva para denotar dicha eficacia. Sin embargo, el problema se plantea y la ciencia debe resolverlo.

Se trata de saber cómo el proceso obtiene la composición de la litis cuando la resistencia, en vez de consistir en la contestación, se extiende a la lesión de la pretensión. En tales casos, lo que el proceso ejecutivo hace funcionar es aquella de las dos fundamentales sanciones que se llama la restitución: se da o se hace en satisfacción de uno de los intereses en litigio lo que, no habiendo sido dado o hecho, constituía su lesión. Precisamente porque la restitución opera, no por iniciativa espontánea del obligado, sino por una fuerza que se impone a su voluntad, el efecto del proceso ejecutivo puede denominarse *restitución forzada*.

A diferencia de la cosa juzgada, la restitución forzada es un efecto que puede no verificarse: mientras el proceso jurisdiccional, si está bien conducido, llega siempre a buen fin en el sentido de que culmina en la composición de la litis porque, como veremos, un juez siempre está en condiciones

[1] CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 314; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 251; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, pág. 129; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, pág. 27.

de dar la razón a quien la tenga o por lo menos de atribuirla a una de las partes, el proceso ejecutivo puede fallar a su fin; por ejemplo, si la cosa que el ladrón debe restituir al propietario ha sido destruida, o si el deudor no tiene bien alguno con que pagar al acreedor, el proceso es impotente para la composición de la litis. La restitución forzada, a diferencia de la cosa juzgada respecto del proceso de cognición, no es, pues, un efecto constante del proceso ejecutivo.

Ahora bien, se trata de saber en cuanto a la restitución forzada, lo mismo que se ha tratado de saber respecto de la cosa juzgada, en qué consiste verdaderamente. Lo mismo en el epílogo del proceso ejecutivo, como en el del proceso de cognición, se encuentra un acto del oficio judicial que es preciso valorar: en general, vemos que un oficial quita algo a quien debe dar y lo da a quien debe tenerlo.

84. EFICACIA MATERIAL DE LA RESTITUCION FORZADA.

Hay que rechazar la tentación de creer que la restitución forzada proceda de una *operación* del oficio (*infra*, n. 295), esto es, en verdad, de un tomar y de un dar; esto no sería ni necesario ni suficiente para la composición de la litis. Por ejemplo, quien lee el art. 606 puede creer que el proceso ejecutivo para libramiento de cosas muebles culminara en una material entrega de tales cosas que el oficial judicial hace al requirente; pero ya la meditación acerca de esa fórmula basta para hacer comprender que no es así; en efecto, no se dice en él que, una vez encontradas las cosas, el oficial las toma y las entrega, sino que "hace entrega de ellas"; la entrega no debe consistir, pues, en un poner en las manos de alguien, sino en una orden, a algún otro, de dejarlo que las tome y tenga. El concepto se aclara en el art. 608, donde para el libramiento de las cosas inmuebles se dice que el oficial judicial "*pone a la parte que insta* o a una persona designada por ella *en posesión* del inmueble, cuyas llaves le entrega, *ordenando* a los eventuales detentadores que reconozcan al nuevo poseedor". Igualmente claro resulta el concepto de las fórmulas relativas al proceso de expropiación, en las cuales

se dice que del dinero que constituye lo obtenido (*infra*, n. 707) *dispone* el juez u *ordena* el pago al acreedor (arts. 510, 542², 598). Por lo demás, es intuitivo que la entrega material, así como no es necesaria, tampoco sería suficiente para la composición de la litis; si el oficial no hiciese más que entregar materialmente las cosas o el dinero, esto es, alterar su situación material, aquel a quien la cosa ha sido quitada podría recuperarla y la litis quedaría más viva que antes.

Indudablemente, pues, la restitución forzada se resuelve en una *inyunción* del oficio, a quien debe dar o hacer o dejar hacer, en virtud de la cual lo que se hace para eliminar la lesión de la pretensión por el oficio o por el titular de dicha pretensión, se hace *secundum ius* y no debe ser discutido. Es lo que basta para concluir que la restitución forzada, al igual que la cosa juzgada, se resuelve en un *efecto de derecho material*, esto es, en una modificación de la situación jurídica existente entre las partes.

a) En la hipótesis del libramiento (*supra*, n. 38), la situación preexistente al proceso ejecutivo consiste en que, aunque un derecho sobre la cosa pertenezca a quien pide la entrega, sin embargo, no le pertenece la posesión o por lo menos la detentación de ella; esto basta para que él no pueda recuperarla por sí; si lo hiciese, podría ser obligado a restituirla a quien la poseía (art. 1168, Cód. civ.) y si al recuperarla hiciese violencia a las personas o a las cosas, cometería el delito de *ejercicio arbitrario de los propios derechos* (arts. 392 y sigtes., Cód. pen.); para que pueda recuperarla, es necesario que tal situación se modifique; ello ocurre mediante la inyunción del oficio, cuyo efecto, por tanto, es el de *sustituir a la posesión de quien no tiene el derecho, la posesión de quien lo tiene, privando al primero de la tutela posesoria*; tal efecto se indica, precisamente, con la fórmula de la *puesta en posesión*, que se lee en el art. 586, y debe referirse a cualquier especie del proceso de libramiento.

b) En la hipótesis de la expropiación (*supra*, n. 38) el efecto de derecho material es más visible, y la transformación es más profunda, porque la pretensión atañe a la atribución, no de la posesión, sino de la propiedad, o por lo me-

nos, del derecho real sobre la cosa: en ella, pues, la inyunción del oficio debe *operar la transferencia no tanto de la posesión cuanto del derecho sobre la cosa debida del uno al otro de los sujetos*; ésta es la modificación de derecho material más profunda que el derecho de expropiación puede ocasionar.

c) En cuanto al proceso de transformación (*supra*, n. 39) el art. 612, dice, con una fórmula compendiosa, que el juez provee a determinar las modalidades de la ejecución. Aquí, naturalmente, preciso es distinguir según que el cumplimiento de la obra no realizada o la destrucción de la obra llevada a cabo deba hacerse sobre cosas o mediante cosas propias de aquel contra quien se procede a la ejecución. En la hipótesis afirmativa la inyunción tiene, según los casos, el efecto previsto en los puntos precedentes, en el sentido de que priva, a aquel contra quien se hace la ejecución, de la tutela inherente a su posesión o a su derecho; por ejemplo, si debe ser destruido un edificio construido sobre mi fundo, sólo por efecto de la inyunción no puedo oponerme a que las personas designadas por el juez entren en él y lo destruyan. En la hipótesis negativa la inyunción tiene el solo efecto de constituir la obligación, de aquel contra quien se procede, al reembolso del costo de la obra (art. 614).

35. EFICACIA PROCESAL DE LA RESTITUCION FORZADA (2).

También en orden a la restitución forzada se plantea un problema análogo al que vimos respecto de la cosa juzgada referente a la *estabilidad* de la nueva situación con ella constituida: si aquel a quien mediante el proceso ejecutivo se le quita algo no pudiera reaccionar de algún modo, se correría el riesgo de servir mal a la justicia, pues más aún en razón de la exigencia de rapidez, no hay que excluir el peligro de que haya sido quitado no según el derecho, sino, más bien, en contra de él; cuando estudiemos el proceso ejecutivo, particularmente en sus relaciones con el proceso de cognición, veremos cómo, no obstante toda buena intención, el tal peli-

(2) LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, pág. 240.

gro existe siempre; por lo demás, si él pudiese reaccionar ilimitadamente, se caería en el exceso opuesto, toda vez que, por ser esclavos de la justicia, se terminaría por dejar siempre abierta la litis. Entre estas dos exigencias opuestas, la conciliación se obtiene en el sentido de que contra el proceso ejecutivo se admite un remedio, que se llama *oposición* (*infra,* n. 813), el cual tiende a eliminar, en los límites de lo posible, el peligro de la restitución forzada injusta; en cuanto ese remedio haya sido experimentado en vano o no pueda ya ser experimentado, además del efecto de derecho material, estudiado en el punto anterior, el proceso ejecutivo tiene otro efecto, que consiste *en la inmutabilidad de su resultado*: lo que en virtud del proceso ejecutivo ha conseguido una parte, no le puede volver a ser quitado en modo alguno.

Desde este punto de vista, la restitución forzada es distinta del cumplimiento, el cual admite la repetición de lo indebido *ex re* o *ex persona* (arts. 2033 y 2036, Cód. civ.), con el único límite de la prescripción; en cambio, los límites impuestos a la oposición del deudor y del tercero, contra el proceso ejecutivo, son, como veremos, mucho más restringidos.

Este ulterior efecto del proceso ejecutivo es estrictamente análogo a la cosa juzgada formal, y tiene, por tanto, naturaleza procesal: una vez realizada la restitución forzada, a menos que ocurra en sede de oposición, ningún oficio judicial puede proveer ulteriormente sobre la litis compuesta mediante dicha restitución.

TITULO TERCERO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO DE INYUNCION

86. INYUNCION EJECUTIVA.

Llamo *inyunción ejecutiva* a la medida en que se resuelve el proceso de inyunción (*stricto sensu*; *supra*, n. 41), porque la palabra *inyunción* me servirá más adelante, en orden a la clasificación de los actos procesales (*infra*, n. 311), para denotar un tipo particular de él; también en este punto la ciencia sufre una de las pobrezas de lenguaje, y tenemos que poner en guardia al alumno contra los peligros que de ello pueden seguirse.

La *inyunción ejecutiva*, a diferencia de la cosa juzgada (*supra*, n. 78), no es un *juicio imperativo*, sino puramente un *mandato*; esta observación se refiere a su valor jurídico, no a su valor lógico; lógicamente los componentes de la inyunción son los mismos de que se forma la decisión, juicio y mandato: el juez juzga para mandar y manda según ha juzgado; pero jurídicamente el valor (imperativo) de la decisión depende del juicio y, en cambio, el de la inyunción es independiente de él; cuando se decide, la decisión obliga *porque, según el juez, es conforme a la verdad*; cuando se impone la inyunción, ésta obliga *a pesar de que el juez se reserve el juzgar, en ciertas eventualidades, si ello es o no conforme a la verdad*. Tal diferencia responde al distinto fin de ambos procesos, cognitivo o inyuntivo, tal como he tratado de aclararlo.

La *inyunción ejecutiva*, por otra parte, a diferencia de la *restitución forzada* (*supra*, n. 83), consiste en la *imposición*, no en la *actuación de un mandato* y, por tanto, en un

estatuir lo que debe ser, no en un *hacer que sea lo que debe ser,* si bien sea un mandato pronunciado al exclusivo fin del proceso ejecutivo.

87. EFICACIA MATERIAL DE LA INYUNCION EJECUTIVA.

Puesto que la inyunción tiene, entre otras cosas, la finalidad de provocar la reacción (oposición; *infra,* n. 861) de la parte a quien se la impone, economizando el contradictorio en aquellos casos en que no hay necesidad de él (principio del *contradictorio eventual*), *su valor material está subordinado a la inexistencia de la oposición.*

Si hay oposición, la inyunción no adquiere eficacia material alguna; la notificación del decreto correspondiente no vale más que para determinar la prevención a los fines de la litispendencia (art. 643[3]; *infra,* n. 274); dice el art. 645[2] que "como consecuencia de la oposición, el juicio se desarrolla según las normas del procedimiento ordinario ante el juez al que se ha acudido"; ello significa que, no obstante la inyunción pronunciada, no se ha decidido la litis y la situación es la misma que existiría si, en lugar del decreto de inyunción, hubiese sido notificada por el actor la citación para el juicio sobre su pretensión.

Si no hay oposición, la inyunción adquiere ciertamente el valor procesal de la cosa juzgada (*supra,* n. 80; *infra,* n. 88), puesto que el art. 647 dispone que, en defecto de oposición, al decreto de inyunción se lo declara ejecutivo y la oposición no puede ser ya propuesta ni proseguida; pero que el decreto adquiera también el valor material de una sentencia pronunciada en un proceso de condena (*supra,* n. 35), es una grave cuestión que la ley no resuelve, ni se puede resolver, como lo he hecho yo mal en las ediciones anteriores, diciendo que, en defecto de oposición, el decreto tiene la misma eficacia procesal que una sentencia pronunciada en el proceso de cognición, no puede menos de tener también su eficacia material. Por el contrario, si la falta de oposición puede ser un indicio de justicia del decreto, en forma que justifique su eficacia ejecutiva, es verdad también que fue

pronunciado *inaudita altera parte* y, por tanto, hay siempre un salto entre esta hipótesis y la de la sentencia provista de las mayores garantías del proceso ordinario de condena. Sobre lo cual volveré más adelante, al hablar de la estructura del proceso de inyunción (*infra,* n. 863).

88. EFICACIA PROCESAL DE LA INYUNCION EJECUTIVA.

Para la determinación del valor procesal de la inyunción ejecutiva, hay que distinguir según que ella se refiera al proceso de cognición o al proceso ejecutivo.

a) Respecto del proceso de cognición, la inyunción ejecutiva tiene valor, según lo hemos aclarado en el punto precedente, de *cosa juzgada formal* cuando no haya habido oposición en él (art. 647[2]).

b) Respecto del proceso de ejecución, la inyunción ejecutiva tiene valor en cuanto, constituyendo título ejecutivo (*infra,* ns. 172 y sigtes.), consiente el desenvolvimiento de él.

α) si no ha habido oposición y se la ha declarado, por tanto, ejecutiva según el art. 647[1] (*infra,* n. 862); o

β) si no obstante la oposición se la ha declarado provisionalmente ejecutiva según el art. 642 (*infra,* n. 865).

89. INYUNCION DE DESALOJO.

En cuanto al proceso de desalojo (*supra,* n. 41), la ley no habla de inyunción de desalojo, sino de *providencia de convalidación del despido de desalojo* (arts. 657, 663); más adelante, veremos, de todos modos, cómo dicha providencia se resuelve en una verdadera inyunción de libramiento del inmueble respecto del cual se propone la pretensión de libramiento. A tal inyunción se extienden las observaciones recién hechas a propósito de la inyunción ejecutiva, salvo las diferencias acerca de su valor material y procesal que aquí hacemos brevemente.

a) Puesto que la inyunción se limita a la nueva entrega del inmueble, se dice expresamente que, en cuanto conjuntamente con la pretensión al desalojo se proponga otra depen-

diente de la relación en virtud de la cual goza del inmueble quien debe volver a entregarlo, su valor se limita a la primera, sin prejuicio alguno respecto de la otra; esta advertencia la hace la ley en orden a la pretensión del arrendador al pago de la retribución locaticia (llamado "pago de cánones"; art. 669), pero sin duda comprende cualquier otra pretensión conexa con la pretensión de desalojo.

b) Si la inyunción de desalojo se pronuncia porque el demandado no ha comparecido o habiendo comparecido no se ha opuesto a la pretensión (art. 663; *infra,* ns. 870 y sigtes.), tiene valor de *cosa juzgada formal* (*supra,* n. 80), por lo cual el proceso de cognición se precluye sobre el mismo tema, salvo la oposición prevista por el art. 668 (*infra,* n. 872). En cambio, cuando se la pronuncia a pesar de la contestación del demandado porque las razones de él no están fundadas en prueba escrita, la inyunción no tiene tal eficacia (la ley dice que se la pronuncia "con reserva de las excepciones del demandado"), por lo cual, como resultado del ulterior desenvolvimiento del proceso (que viene a ser cognitivo; *infra, ibi*), puede ser modificada o revocada.

TITULO CUARTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO CAUTELAR (1)

Uno de los aspectos del estudio, todavía poco profundizado, del proceso cautelar es que falta todavía, como por lo demás ocurre con el proceso ejecutivo, una fórmula idónea para denotar su resultado; tal me parece la de *cautela judicial*; en efecto, el proceso cautelar se concluye naturalmente con la constitución de una *cautela* apta para garantizar el resultado del proceso definitivo (*supra*, n. 44).

Para la constitución de la cautela basta a veces la cognición, a veces, en cambio, hay que agregar la ejecución procesal; por ejemplo, la providencia con la cual el presidente del tribunal, en pendencia del proceso de separación personal de los cónyuges, dispone que el esposo pague a la esposa una suma periódica a título de alimentos (art. 708), es suficiente para la cautela si el obligado obedece a la orden; en caso contrario, la cautela no se obtiene sin la expropiación forzada. Igualmente, el secuestro judicial (art. 670) puede exigir o no el libramiento forzado según que la parte a cargo de la cual se lo ordena se preste o no a entregar espontáneamente al secuestratario la cosa secuestrada.

Por tanto, debiendo el proceso cautelar operar a través de la cognición o de la ejecución, sus efectos son naturalmente análogos a los definidos en los dos títulos anteriores, pero

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 334; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pág. 58; CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1949, pág. 166; SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1941, pág. 167.

una diferencia con ellos debe responder a su operar mediato, y no inmediato, sobre la litis.

91. EFICACIA MATERIAL DE LA CAUTELA JUDICIAL.

En cuanto al modo, el proceso cautelar reacciona sobre las relaciones jurídicas que en él son deducidas, precisamente, como el proceso definitivo, de cognición o de ejecución: tanto si el derecho en la mujer a vivir separada de su esposo y a recibir de él los alimentos en dinero es reconocido con la providencia del presidente prevista por el art. 708 como si es reconocido mediante la sentencia que pronuncia la separación, es idéntica la modificación que de ello se sigue en la relación jurídica entre los cónyuges; igualmente, la obligación de entregar la cosa objeto de la reivindicación es siempre la misma tanto si se ordena su secuestro judicial (art. 670) como si se reconoce su propiedad en el reivindicante.

Lo que hay de diferente cuando el proceso es cautelar en comparación con el efecto del proceso definitivo, es el aspecto temporal de la eficacia, la cual, si el proceso es cautelar y, por tanto, no tiende más que a garantizar el proceso definitivo, no hay razón para que dure después del momento en que se extingue o se cierra el proceso definitivo; por eso la eficacia material de la cautela judicial está ligada a la pendencia del proceso definitivo, que constituye un presupuesto de ella. Es una aplicación de este principio la norma en virtud de la cual "el secuestro pierde su eficacia... si el juicio de fondo se extingue por cualquier causa" (art. 683); pero se trata de una aplicación limitada, la cual debe alcanzar por un lado, no sólo a la extinción, sino también a la definición del proceso mediante el pronunciamiento, cualquiera que éste sea, siempre que sea ejecutivo (*infra*, n. 478), y por el otro a cualquier otra cautela judicial distinta del secuestro.

92. EFICACIA PROCESAL DE LA CAUTELA JUDICIAL.

Responde igualmente a la función del proceso cautelar el hecho de que la cautela no sea inmutable como la cosa juz-

gada; si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó o rechazó dicha cautela, no le debería estar prohibido retornar sobre ello. Pero también éste es un aspecto del instituto acerca del cual el código muestra indicios de la insuficiente preparación del terreno legislativo realizada por la doctrina, ya que este aspecto del problema escapó totalmente a su atención; no existen reglas particulares concernientes al valor procesal de la cautela que no sean las ordinarias del proceso definitivo, jurisdiccional y ejecutivo. La mutabilidad o inmutabilidad de la providencia cautelar depende, por tanto, de la forma de la providencia misma, a propósito de lo cual en este punto de la exposición no es posible decir más: el lector comprenderá más adelante la importancia que bajo este aspecto tiene que la cautela sea ordenada por medio de sentencia (cfr. art. 682) o por medio de decreto o de ordenanza (cfr. arts. 689 y sigtes.), así como también que las normas a este propósito hayan sido dictadas sin ninguna clara visión del problema.

TITULO QUINTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO VOLUNTARIO (1)

93. MEDIDA PROCESAL VOLUNTARIA.

A propósito de los efectos del proceso voluntario hay que hacer observaciones análogas a las contenidas en el título anterior acerca del proceso cautelar en lo que concierne al conocimiento de sus efectos; el estudio que de él se ha hecho hasta ahora no ha servido para aclarar su función más que aproximativamente en cuanto a los fines, mientras que el problema de sus efectos ha quedado casi totalmente en la sombra. No existe, por tanto, tampoco en cuanto al proceso voluntario en el lenguaje jurídico una fórmula apropiada para denotar su efecto, como existe respecto del proceso contencioso; en orden a la cognición voluntaria podría servir la de declaración de certeza voluntaria, pero si se quiere comprender en ella también el efecto del proceso voluntario ejecutivo, no falta más que adoptar la frase *medida procesal voluntaria,* aunque el beneficio de su comprensión sea a expensas de su vaguedad.

94. EFICACIA MATERIAL DE LA MEDIDA VOLUNTARIA.

Responde a la función del proceso voluntario, tanto cognitivo como ejecutivo, que la providencia judicial que lo cierra valga para constituir el efecto jurídico, material necesario para el desenvolvimiento del negocio, es decir, para la tutela del interés de que se trata en el proceso; por eso el

(1) MICHELI, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, en *Rivista di dir. proc.*, 1947, I, pág. 190; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, págs. 90 y 106.

valor material de la medida se determina según las normas de derecho material que la requieren: la sentencia que pronuncia la interdicción (art. 718), constituye el estado de incapacidad del declarado en interdicción; la providencia que ordena la división entre los coherederos (art. 785), convierte respecto de cada uno de ellos el derecho de cuota parte en derecho sobre la parte que le sea asignada mediante el acuerdo o el sorteo; el decreto de la Corte de apelación que autoriza la adopción (arts. 291, Cód. civ.; 737), modifica profundamente el *status* del adoptante y del adoptado; asimismo, el valor de la sentencia que declara la quiebra (art. 16 del decreto del 16 de marzo de 1942, n. 267), queda determinado por la ley correspondiente donde se estatuyen los efectos de la quiebra (cfr. especialmente art. 42), así como el valor del decreto que dispone la liberación del inmueble respecto de las hipotecas (art. 792[1]), se determinan según los arts. 2889 y sigtes. del Cód. civil. Que aquí se trate de un valor material queda manifiesto en todo caso por la colocación de las normas respectivas, las cuales no se encuentran, como no deben encontrarse, en el Código procesal.

95. EFICACIA PROCESAL DE LA MEDIDA VOLUNTARIA.

Cuando el proceso voluntario se cierra con una sentencia (*infra*, n. 339; ejemplo, proceso de interdicción o de inhabilitación), el valor procesal de la medida se regula según los principios de la *cosa juzgada formal* (*supra*, n. 80), salvo normas particulares en cuanto a la *revisión* (*supra*, n. 82). En otros casos dicho valor resulta de las normas que instituyen un particular tipo de proceso voluntario; así, en la ley de quiebra deben buscarse las reglas de las cuales se puede inferir la estabilidad de la sentencia de quiebra.

Si la medida voluntaria tiene forma de decreto, el código, por una parte, subordina su eficacia material a la no impugnabilidad de la providencia (art. 741), salvo la atribución, en caso de urgencia, de la eficacia inmediata (art. 741); por otra parte, admite que la misma providencia no impugnable pueda ser revocada o modificada salvo la tutela de los terceros de buena fe (art. 742).

TITULO SEXTO

DE LOS EFECTOS DEL PROCESO PENAL [1]

96. EFICACIA PENAL DE LA COSA JUZGADA.

También el proceso declarativo penal culmina en la cosa juzgada (*supra*, n. 78); pero el valor de ésta, si se la considera puramente en el campo penal, es *sólo procesal* por cuanto su eficacia jurídica no se despliega sino en constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas relativas al mismo proceso penal, de cognición o de ejecución: pertenecen a la primera categoría los efectos preclusivos de un nuevo proceso penal de cognición; pertenecen a la segunda los efectos constitutivos modificativos o extintivos de las relaciones jurídicas referentes a la aplicación de la pena, por la cual se impone o excluye el proceso penal ejecutivo. Si el juez penal condena o absuelve, ello quiere decir, únicamente, que el proceso penal debe proseguir o no en sede ejecutiva.

97. EFICACIA CIVIL DE LA COSA JUZGADA PENAL.

El fenómeno de la interferencia de las situaciones jurídicas, consistente en que un mismo hecho pueda tener más de una consecuencia jurídica (*supra*, n. 28), en cuanto tales consecuencias pertenezcan respectivamente al derecho civil y al derecho penal, hace que la *declaración de certeza de una*

(1) CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 111 y IV, pág. 67; SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, pág. 121; GUARNERI, *Autorità della cosa giudicata penale nel giudizio civile*, Milano, Giuffrè, 1942; CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, I, pág. 1.

relación jurídica penal pueda desplegar eficacia también sobre las relaciones jurídicas civiles conexas. A este fenómeno se refiere el problema del valor civil de la cosa juzgada penal.

Dicho problema no se presenta cuando la sentencia penal se pronuncie frente a la *parte civil* o al *responsable civil* (*supra,* n. 28), pues en tales casos, que representan una extensión del proceso penal al campo civil, la sentencia no tiene sólo carácter penal, sino también el de una *sentencia civil, aunque pronunciada en sede penal*; el proceso penal con parte civil o con responsable civil es un verdadero *proceso acumulativo* (*infra,* n. 259), el cual sirve a la vez tanto para la verificación de la pretensión penal (*supra,* n. 26) como para la composición de una o más litis civiles.

El problema se plantea, en cambio, respecto de la sentencia pronunciada en el simple o puro proceso penal, y sus términos son, como siempre, la exigencia de justicia y la exigencia de certeza, la primera de las cuales tiende a excluir y la segunda a afirmar la eficacia del proceso penal sobre la litis civil conexa a la pretensión punitiva. Este problema se resuelve mediante algunas normas del Código de procedimiento penal de las cuales resultan dos grados de eficacia civil de la cosa juzgada penal.

a) *Respecto de las relaciones jurídicas que se denotan mediante la fórmula de las "sanciones civiles del delito"* (arts. 185 y sigtes., Cód. pen.), *el fallo penal, aunque no haya intervenido en el proceso la parte civil* (*supra,* n. 28), *tiene eficacia plena (material y procesal) igual a la que tendría un fallo pronunciado en un proceso civil instituido respecto de ellas*: por eso, la sentencia penal de condena, aunque no haya pronunciado sobre este tema, declara la certeza, y la sentencia penal de absolución excluye el derecho de la parte lesionada a la restitución o al resarcimiento del daño, frente al imputado condenado o absuelto (arts. 25 y 27, Cód. proc. pen.).

b) *Respecto de otras relaciones jurídicas civiles conexas a la situación jurídica penal, el fallo penal tiene eficacia (material y procesal) parcial, relativa a las cuestiones de hecho*

comunes a tales relaciones, pero no también a las cuestiones de derecho (*supra,* n. 13), por lo cual el fallo penal no agota la declaración de certeza de tales situaciones, pero la prejuzga (art. 28, Cód. proc. pen.), y se puede hablar exactamente de una *semi autoridad del fallo penal sobre la litis civil.*

PARTE SEGUNDA

DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO

98. PROGRAMA [1].

El estudio de la estructura del proceso es mucho menos fácil que el de su función; por eso la segunda parte de esta obra tiene dimensiones incomparablemente más amplias que la primera; pero la dificultad no se debe solamente a la masa de los datos, sino a su complicación, que en ocasiones llega a verdadero embrollo. No hay otro modo de vencerla que el consistente en un severo planteamiento metodológico. El método que aquí seguimos, ya ratificado por una larga experiencia científica y didáctica, aunque sólo recientemente aclarado en sus fundamentos y en su alcance, se desarrolla mediante la distinción entre dos aspectos de la estructura del proceso, como en general de cualquier otro instituto jurídico, que responden a los conceptos de la *estática* y la *dinámica procesal,* o en general de la *estática* y la *dinámica jurídica.* Este método, si no es indispensable, es ciertamente útil para la exposición científica de los fenómenos del proceso, e incluso del derecho.

Desde el punto de vista estático, se trata de estudiar el proceso fuera del tiempo, esto es, diríamos, en firme, o en suma, prescindiendo de su movimiento. Puesto que el resultado de la exposición estática de la realidad es lo que se llama o debería llamarse *situación,* la estática procesal, que es una parte, o mejor un aspecto, de la estática jurídica, se resuelve en la *exposición del proceso como situación,* o mejor, *del conjunto de situaciones en que se descompone el proceso.*

Desde el punto de vista dinámico, objeto del estudio es el proceso en el tiempo, esto es, en su movimiento o desarrollo. Puesto que el resultado de la exposición dinámica de la rea-

(1) CARNELUTTI, *Teoria generale,* págs. 7 y 107.

lidad es lo que se denomina *hecho,* la dinámica procesal, que es una parte, o mejor, un aspecto de la dinámica jurídica, se resuelve en la *exposición del proceso como hecho,* o mejor, *del conjunto de hechos que la constituyen.* Del mismo modo que el estudio estructural del proceso es más complicado que su estudio funcional, así también ocurre con el estudio dinámico en comparación con el estudio estático; también aquí las dificultades son mucho mayores e implican la conveniencia de subdividir todo el ciclo del proceso en varios sectores, por lo cual se formula, ante todo, la distinción entre *acto* y *procedimiento,* que más adelante encontrará su esclarecimiento y determina la estructura del libro segundo de esta parte.

Cuando el alumno se encuentre, en la vida práctica, teniendo que actuar en el proceso, las nociones aquí aprendidas metódicamente le mostrarán su utilidad.

LIBRO PRIMERO

DE LA ESTATICA PROCESAL

99. DIVISION DE LA ESTATICA PROCESAL.

Si el estudio de la estática procesal atañe al proceso *como situación,* debe dirigirse en primer lugar *a los elementos* de los cuales resulta la situación; después, *a las relaciones* que median entre tales elementos; finalmente, *a la relación entre el proceso y la litis o el negocio.* Sobre este guión se dirigirá el estudio.

TITULO PRIMERO

DE LOS ELEMENTOS DEL PROCESO (1)

100. CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS DEL PROCESO.

Los elementos del proceso se distinguen en *subjetivos* y *objetivos*.

Los sujetos del proceso se distinguen en *partes* y *oficio judicial*.

Los objetos se distinguen en *pruebas* y *bienes*.

Las razones de la clasificación se aclaran con lo ya expuesto acerca de la función del proceso.

Según el orden del código, que puede estar determinado por razones políticas, el oficio precede a las partes; puesto que tales razones no cuentan para el estudio científico, y el oficio, si políticamente está por encima de la parte, lógicamente es precedido por ella, el orden debe ser invertido.

Según el orden del código también, habida cuenta de la función, se separan los dos miembros del oficio que se llaman *juez* y *ministerio público*; pero desde el punto de vista científico el ministerio público no puede menos de comprenderse, en antítesis a la parte, en el oficio judicial.

(1) CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 143.

SUBTITULO PRIMERO

DE LAS PARTES Y DE LOS DEFENSORES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS PARTES [1]

101. PARTE EN SENTIDO PROCESAL.

Partes son los *sujetos de la litis o del negocio.* Como tales, las partes están sujetas al *proceso,* no son sujetos *del proceso,* en el sentido de que sufren sus efectos, pero no le prestan su obra. Esta es la noción *pasiva* de las partes.

Por lo demás, precisamente porque el resultado del proceso beneficia o perjudica a su interés, la parte es estimulada por éste a algunos actos que son necesarios o por lo menos sumamente útiles al proceso; por ejemplo, si la parte no llevase a conocimiento del juez la litis o el negocio, las razones y las pruebas difícilmente podría él adquirirlas por sí; ahora bien, la parte realiza gustosa tales actos porque sabe que si no los realizase, su interés podría resentirse de ello; por ejemplo, si no mostrase las razones y no suministrase las pruebas, el juez podría, en vez de concederle, negarle la tutela a su interés.

Así, la parte *sujeto de la litis o del negocio* pasa a ser

[1] CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 199; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 360; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, págs. 148 y 153; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 122; BETTI, *Diritto proc. civ.*, págs. 95 y sigtes.; REDENTI, *Profili*, pág. 351; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 157; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 260; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 304; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 63; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 99; LUGO, *Manuale*, pág. 68; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 75; SEGNI, *Intervento adesivo*, págs. 195 y sigtes.

también *sujeto del proceso,* en el sentido de que es una de las personas *que hacen el proceso,* y junto a la noción *pasiva* se perfila la noción *activa* de ella. La palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusión, al sujeto de la litis se lo denomina parte en *sentido material*; y al sujeto del proceso se lo llama parte *en sentido procesal* (*supra,* n. 6).

La fundamental *coincidencia de la parte en sentido material con la parte en sentido procesal* se infiere del art. 81, según el cual "fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno"; no constituye una excepción a esta regla el que el art. 411[1] atribuya cualidad de parte en el proceso colectivo a las "asociaciones sindicales legalmente reconocidas", ya que el sindicato está constituido por la ley como sujeto de los intereses de categoría.

102. PARTE DIRECTA O INDIRECTA.

A veces opera en el proceso la parte misma en sentido material, en cambio, otras veces lo hace una persona distinta de ella, pero que tiene con ella una determinada relación. Se entiende que esta relación debe ser tal, que la haga idónea para dicha operación. En tales casos es conveniente hablar de *parte indirecta* en contraposición con la *parte directa*; la noción de la parte indirecta presenta, por lo tanto, una escisión entre la parte en sentido material y la parte en sentido procesal.

Las figuras de parte indirecta son dos: *representante* y *sustituto.*

103. REPRESENTACIÓN PROCESAL (2).

Hay *representación cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte en sentido material se debe a un acto de ella,* ya la encargue de actuar en su lugar en

(2) CARNELUTTI, *Sistema,* I, pág. 372; REDENTI, *Diritto proc. civ.,* I, págs. 163 y 179; SATTA, *Diritto proc. civ.,* pág. 70; JAEGER, *Diritto proc. civ.,* pág. 267; ANDRIOLI, *Commento,* I, pág. 203.

el proceso, ya la encargue de realizar otros actos en orden a los cuales la ley la conceptúa idónea para actuar en el proceso en lugar de su representado.

No cualquier representante puede actuar en el proceso en lugar de la parte en sentido material, sino únicamente quien tenga de ella la representación general o la representación para el asunto al cual se refiere el proceso (art. 77); en el proceso singular del trabajo, además, el presidente o el secretario de la asociación legalmente reconocida de la categoría a la cual pertenece la parte, o bien un funcionario delegado por él (art. 435).

No puede el representante ahora indicado actuar en el proceso si el correspondiente "poder no le ha sido conferido expresamente por escrito" (art. 77); a esta regla se formulan dos excepciones: α) que se trate de actos urgentes o de medidas cautelares; β) o que se trate "del factor o del representante general de quien no tiene residencia o domicilio en el territorio de la República" (cfr. art. 2204, Cód. civ.). Del carácter limitativo de esta norma se infiere con certeza que fuera de estos casos no puede comparecer alguien en juicio en representación de otro, por lo cual hay que excluir cualquier especie de *representación procesal sin mandato* (*gestión de negocios en el proceso*).

104. SUSTITUCION PROCESAL (3).

Hay *sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio.*

Según el art. 81, "fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno"; esto quiere decir que

(3) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 379; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 178; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 325; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 269; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 72; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 209; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di proc. civ.*, Milano, Giuffrè, 1942.

nadie puede pedir en su propio interés la tutela de un interés ajeno. La regla es, pues, que la sustitución sólo es posible cuando esté expresamente consentida. El más conocido de los casos en que se la consiente, se refiere a la llamada *acción subrogatoria* del acreedor (art. 2900, Cód. civ.); cuando el acreedor hace valer en juicio un derecho de su deudor, actúa propiamente como sustituto de él, lo cual puede darse tanto en el proceso de cognición como en el proceso ejecutivo (cfr. art. 511). Una norma que consiente en términos muy amplios la sustitución, se puede ver en materia de proceso para nulidad de matrimonio en el art. 117 del Código civil.

La sustitución se funda, pues, en la conexión de los intereses, y de reflejo, en la conexión de las relaciones jurídicas (*infra*, n. 15), y en orden al grado de ésta se puede distinguir en dos especies, que propongo se llamen *absoluta* o *relativa* según que la *tutela del interés del sustituto agote o no totalmente la del interés del sustituido*; el síntoma normal de la diferencia está en que el proceso provocado por el sustituto pueda o no realizarse sin la participación del sustituido. Considere el lector bajo este aspecto la *sustitución del garantizador al garantizado* (arts. 1476 y sigtes., Cód. civ.) con la *sustitución del acreedor al deudor* (art. 2900, Cód. civ.), y reflexione que mientras la primera puede dar lugar a la extromisión del garantizado del proceso (*infra*, n. 503), la segunda en cambio exige el llamamiento del sustituido al proceso (art. 2900[2], Cód. civ.); en otro caso de sustitución relativa (sustitución del enajenante al adquirente a título particular de la *res litigiosa*; *infra, ibi*), el llamamiento del sustituido, si no necesario, es facultativo (art. 111[3]).

A la luz de esta distinción se resuelve la cuestión acerca de la cosa juzgada (material) formada sobre la demanda del sustituto procesal (*supra*, n. 81): en cuanto éste haya podido deducir por sí en el proceso la litis entre el sustituido y el tercero (sustitución procesal *absoluta*), la sentencia, al declarar la certeza de la relación jurídica correspondiente a la litis, perjudica *directamente* al sustituido, y *de reflejo* al sustituto; en cambio, cuando se trata de sustitución *relativa*, puesto que la litis entre el sustituido y el tercero no es de-

ducida por el sustituto en el proceso *sino en cuanto a los efectos que de la decisión se siguen respecto de él*, si la sentencia perjudica o no al sustituido depende de la actitud que éste adopte en el mismo proceso; si él no hace suya la demanda del sustituido contra el tercero, la eficacia de la sentencia, *se despliega sobre las relaciones entre el tercero y el sustituido sólo en cuanto constituyan el fundamento de la relación entre el sustituido y el sustituto*; por eso, la condena pronunciada contra el tercero a instancia del sustituto *ex* art. 2900 del Cód. civ., no favorece al sustituido si éste no propuso contra el tercero alguna demanda propia, y en particular, no impediría al tercero condenado en favor del sustituto a pedir la declaración negativa de certeza de su deuda frente al sustituido.

105. PARTE PRINCIPAL O ACCESORIA (*).

La obra de la parte en el proceso es tan notable, que la ley consiente a veces a quien no es parte en sentido material, no tanto que se sustituya a ella, cuanto que se le agregue, y de este modo actúe en el proceso al lado de ella. Se perfila con esto la distinción entre parte *principal* y parte *accesoria*.

a) Hasta ahora esta distinción se había referido únicamente al proceso de cognición, en el cual, puesto que la parte accesoria actúa agregándose a la parte principal en un proceso ya iniciado por ella, ha recibido el nombre de *interviniente* o *interventor*, y el correspondiente instituto es conocido bajo el nombre de *intervención*. Puesto que, también, como más adelante veremos, la intervención, es decir, la entrada de otras partes en un proceso ya pendiente, ocurre no sólo en cuanto a una o más partes accesorias, sino también en cuanto a una o más partes principales distintas (*infra*, n. 262), se distingue la intervención *principal* de la interven-

(*) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 382; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 117; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 262; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 44; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 312; LUGO, *Manuale*, pág. 74; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 292; SEGNI, *Intervento adesivo*; SEGNI, *Intervento in causa*, en *Nuovo digesto italiano*; COSTA, *L'intervento in causa di terzi*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1942; I, pág. 15.

ción *accesoria;* sólo esta última responde a la noción de la parte accesoria aquí diseñada. A pesar de que esta distinción esté ya hoy día bien fundada en la ciencia, la ley ha puesto conjuntamente ambas figuras, agrupándolas en el género *intervención voluntaria,* cuyo carácter consiste en que la nueva parte entra espontáneamente en el proceso pendiente (art. 105).

Sin embargo, la distinción entre intervención accesoria e intervención principal queda aclarada con las diversas fórmulas del primero y del segundo apartado, en el sentido de que, cuando una parte interviene en el proceso *para hacer valer en él un derecho propio,* es parte *principal,* y es, en cambio, parte *accesoria* cuando actúa en él *"para sostener las razones" de un derecho ajeno,* lo cual hace ella porque no puede afirmar en él un derecho propio. Puesto que la parte accesoria, al sostener las razones del derecho ajeno, *se adhiere a ellas,* su intervención toma el nombre de intervención *por adhesión*; pero este atributo es menos propio que el de intervención *accesoria,* que más exactamente se contrapone a intervención *principal* y evita las confusiones en que de lo contrario puede incurrir el alumno. Se realiza así un desplazamiento en la doctrina de la intervención que está en acto desde hace tiempo: antiguamente se desconocía la distinción entre intervención accesoria e intervención principal, y se solía distinguir, en cambio, entre el caso en que el tercero apoye las razones de alguna de las partes (intervención *ad adiuvandum*) y el caso en que se oponga a cada una de ellas (intervención *ad excludendum*), y a la primera se le daba el nombre de intervención *por adhesión*; más tarde se observó la diferencia entre el tercero que apoya el derecho de otro, porque no tiene un derecho propio que hacer valer, y el tercero que lo apoya, en cambio, porque tiene un derecho propio cuyas razones coinciden con las del derecho ajeno, y se hablaba en este caso de intervención por adhesión *autónoma* y en el anterior de intervención por adhesión *dependiente*; pero la verdad es que la llamada intervención por adhesión autónoma es una verdadera intervención principal y no debe ya distinguirse la intervención no principal en autónoma y de-

pendiente, sino que deben agruparse en la intervención principal tanto el caso del tercero que tiene un derecho en contraste con el derecho de cada una de las partes, como el caso del tercero que tiene un derecho en coincidencia con el derecho de una de ellas. En último análisis, la distinción entre intervención principal e intervención por adhesión es heterogénea, y debe ser sustituida por la distinción entre intervención principal e intervención accesoria.

En tanto el interviniente, sin hacer valer en el proceso un derecho propio, puede en él "sostener las razones de alguna de las partes", en cuanto tenga en ellas "un interés propio". Mientras la primera parte de la fórmula es correcta, la segunda debe ser sometida a interpretación restrictiva: no cualquier interés en la victoria de una de las partes legitima la intervención por adhesión (de lo contrario podría intervenir, por ejemplo, quien debiendo proponer a los jueces una cuestión similar, tuviera interés en la constitución de un precedente a su favor), sino solamente un *interés jurídicamente tutelado*, en cuanto su satisfacción pueda depender de la decisión de la litis en un sentido más bien que en otro; por ello puede intervenir el acreedor de una de las partes cuya satisfacción queda favorecida por la victoria de su deudor o el sucesor a título particular en la relación litigiosa, así como el adquirente de la cosa que es objeto del proceso sostenido por el enajenante (art. 111[3]); puede intervenir, asimismo, el socio de una sociedad comercial, incluso anónima, a quien corresponda un derecho, a través del dividendo o del reparto, sobre el patrimonio social.

Así interpretado el art. 105, no consentiría la intervención por adhesión ni al miembro del sindicato, o menos todavía de la categoría, en el proceso colectivo (*supra*, n. 49), ni al sindicato en el proceso singular (del trabajo) cuando en él se haga cuestión del reglamento colectivo; que para admitir la intervención tanto en el primero como en el segundo caso haya sido dictada una norma especial, confirma esta interpretación; por tanto, el art. 411[4], que consiente una limitada intervención en el proceso colectivo de los que componen la categoría cuando ésta esté representada por el

curador especial (*infra,* n. 640), y los arts. 443, 464[2] y 469, que en cuanto a los otros tipos de proceso en materia corporativa (*infra,* ns. 649 y sigtes.) admiten a su vez, y además, "en cualquiera estado y grado del proceso" la intervención de las "asociaciones legalmente reconocidas a las cuales pertenecen las partes", deben considerarse como derogaciones al límite general estatuido por el art. 105.

b) El concepto de *parte accesoria* parece, sin embargo, hoy día maduro para ser utilizado también en el proceso de ejecución, en el cual el instituto de la expropiación contra el tercero (arts. 602 y sigtes.; *infra,* n. 791) presenta un fenómeno análogo al recién considerado, a saber, la presencia en el proceso, al lado del sujeto de la litis (deudor; parte principal), de un tercero cuyo cometido es precisamente el de suministrar los bienes que deben ser liquidados para la satisfacción del acreedor. Este esclarecimiento de la figura del tercero sujeto a la expropiación no podía obtenerse mientras no se conociera la naturaleza procesal de la situación jurídica que le corresponde en comparación con el deudor y con el acreedor (*infra,* n. 256); comprobada dicha naturaleza, cualquiera que sea, al igual que el interventor por adhesión en el proceso de cognición, una parte puramente formal y como tal accesoria a la parte, que tiene el doble carácter material y formal (deudor), es un corolario inevitable.

106. PARTE SIMPLE Y PARTE COMPLEJA [5].

La distinción entre *partes simples* o *partes complejas* se refiere a un punto de vista no frecuente todavía en la teoría de los sujetos del derecho, en la cual se acostumbra a hablar, en cambio, de *capaces* o de *incapaces* y de personas *físicas* o de personas *jurídicas*. La verdad es que tanto en el caso de los llamados incapaces como en el de las llamadas personas jurídicas, la diferencia en comparación con las personas ca-

(5) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 181; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 367; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 115; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 266; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 216; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 334; POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, Giuffrè, 1952.

paces o con las personas físicas está en que el sujeto jurídico, en vez de ser una persona sola, está constituido por una organización de personas, cuales son, por ejemplo, el menor y su administrador (padre, tutor), o los socios de una anónima y el consejo de administración; de ahí la distinción, totalmente obvia, entre *personas simples* y *personas complejas*.

Esta distinción rige también en orden a las partes en sentido procesal, toda vez que, si parte en sentido material es una persona compleja y no simple, tal es también la parte en sentido procesal.

A las personas simples se refiere el art. 75[1], con la fórmula "tienen capacidad para estar en juicio las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer"; tener el libre ejercicio de un derecho quiere decir que es sujeto de él una persona simple, en el sentido de que en la misma persona culminan el interés que constituye el elemento material del derecho y la voluntad que constituye el elemento formal de él; si el sujeto de la relación a que se refiere la pretensión y, por tanto, el sujeto de la litis o del negocio, es simple, simple es también la parte como sujeto del proceso.

A las personas complejas se refieren, en cambio, las dos disposiciones siguientes del art. 75.

Según el art. 75[2], "las personas que no tienen el libre ejercicio de los derechos, no pueden estar en juicio más que representadas, asistidas o autorizadas según las normas que regulan su capacidad" (*scilicet*, respecto del derecho que en el juicio se hace valer). Este apartado se refiere a los llamados incapaces, y quiere decir que cuando sujeto de la litis es una de las personas complejas que se organizan para poner remedio a la incapacidad de una persona física, parte en sentido procesal es la misma persona compleja que es parte en sentido material.

Una norma idéntica está contenida en cuanto a las personas jurídicas en el art. 75[3]. El art. 75[4] reproduce la norma contenida en el apartado del art. 36 del Cód. civ., según la cual las asociaciones y los comités a los cuales no se les reconoce la personalidad jurídica según el art. 12 del Cód. civ., actúan en el proceso por medio de los que, según los acuerdos

de los asociados, tienen su presidencia o dirección; escapa a los límites de la teoría del derecho procesal la investigación sobre si, no obstante el defecto del reconocimiento, tales asociaciones o comités son o no todavía personas jurídicas; ciertamente, en el campo procesal, se tiene también aquí una persona compleja.

Si la persona a la cual dentro del ámbito de la persona compleja corresponde la administración del interés, falta o es sujeto de un interés en conflicto con aquél, que está llamado a administrar, la persona compleja no está en condiciones de actuar; puesto que en tal caso la litis correría el riesgo de quedar sin composición, si no es oportuno esperar a que esa misma persona se constituya o se modifique en vía normal, la ley, a fin de facilitar el desarrollo del proceso, admite su integración mediante el nombramiento de un *curador especial* (arts. 78 y 780; cfr. art. 347, Cód. civ.). Tal nombramiento lo requiere la persona misma a quien pertenece el interés en litigio, aunque sea incapaz, o en tal caso, un pariente suyo próximo, o también otra parte, o el ministerio público; en el caso de conflicto de intereses, puede requerirlo la persona a quien compete la representación o la asistencia (art. 79). El nombramiento se hace "recibidas las oportunas informaciones y oidas si es posible las personas interesadas" por el jefe del oficio judicial ante el cual debe desarrollarse el proceso, por medio de decreto (art. 80). Aunque el art. 78 sólo prevea la hipótesis de defecto o imposibilidad de actuar (por conflicto de intereses) de quien deba representar o asistir a otra persona, la disposición se aplica, por analogía, también a la hipótesis de la autorización prevista por el art. 75[2]. El curador especial ejerce en el proceso todos los poderes que hubieran correspondido al administrador que falta, mientras éste no haya sido subrogado según las normas que regulan la constitución y la acción de la persona compleja (art. 78[1]). A fin de acelerar la reconstitución normal de la persona compleja, el decreto que nombra al curador especial debe ser trasmitido en copia "al ministerio público, a fin de que provoque, cuando sea necesario, las providencias para la constitución de la normal representación o asistencia del

incapaz, de la persona jurídica o de la asociación no reconocida" (art. 80[2]).

Al mismo orden de ideas se reconduce la norma del art. 411[2 y 3], el cual, refiriéndose al art. 17 de la ley del 3 de abril de 1926, n. 563, admite que el juez nombre un curador procesal a la categoría, cuando falte el sindicato que la representa.

107. CONTRADICTORIO (*).

Puesto que cada una de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso sólo en los límites en que éste le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el *contradictorio*. El contradictorio es la regla del proceso contencioso, tanto cognitivo como ejecutivo, si bien en este último sea menos importante (uno de los méritos del nuevo código en cuanto a la expropiación forzada, está, sin embargo, en haber aplicado ampliamente el correspondiente principio); pero también el proceso voluntario, en sus más graves especies, puesto que el asunto atañe siempre a un conflicto de intereses (*supra*, n. 20), usa de él; precisamente porque el contradictorio es un modo de ser normal del proceso contencioso, cuando el proceso voluntario se desarrolla con la colaboración de dos partes, como ocurre en el proceso de interdicción, de inhabilitación o de separación entre cónyuges, se cambia a menudo en proceso contencioso. Puesto que el art. 101 establece que "el juez, salvo que la ley disponga otra cosa, no puede estatuir sobre ninguna demanda si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y (*rectius*, o) no ha comparecido", la ley quiere decir precisamente que el sujeto del interés en conflicto con el que se hace valer en la demanda, debe ser puesto en condiciones de contradecir, lo cual, si no se constata en cuanto comparece ante el juez, debe ser comprobado a con-

(*) JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 81; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 175.

secuencia de un acto que en la fórmula se denomina citación en el sentido de notificación (a él) de la demanda (*infra*, n. 386).

Por tanto, cuando el proceso se desarrolla en contradictorio, hay que distinguir entre las dos partes, según su posición respectiva.

En el proceso de cognición la distinción depende de la iniciativa del proceso mismo y, por tanto, de la demanda dirigida al oficio: *actor* se llama (por antonomasia, *el que acciona*) a la parte que toma la iniciativa del proceso (cfr., entre otros, el art. 163, n. 2); *demandado*, a la parte contra la cual se propone la demanda (*aquel que debe venir al proceso conjuntamente con el actor*); junto al uno o al otro está, con el nombre de *interviniente* o *interventor*, tanto la parte accesoria (interviniente *por adhesión*; *supra*, n. 105) como otra parte principal que se agrega en el curso del proceso a las dos primeras (interviniente *principal*; *infra*, n. 262). Con particular referencia al juicio de apelación (*infra*, n. 550) quien toma la iniciativa de él se denomina *apelante* (arts. 347 y sigtes.) y quien la sufre, *apelado* (art. 350[3]); con particular referencia al juicio de casación (*infra*, n. 574), *recurrente* (art. 369[3]) y *resistente* (esta última voz, corriente en la práctica, no se encuentra, sin embargo, en la ley).

De ordinario, quien toma la iniciativa del proceso de cognición es el sujeto de la pretensión; por lo demás, sería un error creer en la necesidad de tal coincidencia, ya que puede ocurrir que la primera demanda la proponga quien discute, y no quien ha formado la pretensión; así ocurre en el proceso de declaración negativa de certeza (por ejemplo, si el *dominus proprietatis* pide la declaración de certeza de la libertad de su fundo frente al *dominus servitutis*; *supra*, n. 33); a menudo, además, la posición de las partes se invierte en el juicio de impugnación (por ejemplo, *actor apelado* y *demandado apelante*).

En cambio, en el proceso ejecutivo la iniciativa pertenece necesariamente a aquella de las partes que forma la pretensión; no existe un proceso ejecutivo contencioso que esté promovido a iniciativa del resistente; en particular el proceso

de quiebra puede desplegarse a requerimiento del deudor (art. 6 del decreto del 16 de marzo de 1942, n. 267), pero se trata aquí del proceso voluntario (*infra*, n. 945). Por eso las partes en el proceso contencioso de ejecución toman el nombre de *acreedor* y de *deudor*, con lo cual tales voces asumen en el lenguaje procesal un significado distinto del que se les atribuye en derecho material: *acreedor y deudor* no son tanto el sujeto activo y pasivo de un derecho de crédito cuanto el de una pretensión, ya esté fundada en una razón real, ya en una razón personal; pero en el lenguaje del código *acreedor* y *deudor* se dice únicamente para denotar a las partes de la expropiación forzada (ejemplo, art. 483; *supra*, n. 38), mientras que en orden al libramiento (*ibi*) y a la transformación forzada (*supra*, n. 39) se habla en él de *parte que insta* (arts. 606, 608, 611, 614) y de *parte obligada* (arts. 609 y 612[2]).

Capítulo Segundo

DE LOS DEFENSORES [7]

103. PATROCINIO.

Aunque el interés en litis haga a la parte en sentido material generalmente idónea para actuar en el proceso, sin embargo, esa idoneidad puede quedar menoscabada, por una parte, por la pasión, y por otra, por la inexperiencia del derecho. Un remedio a este peligro se encuentra poniendo en lugar o al lado de la parte a otra persona, que se llama *defensor* (arts. 82 y sigtes.) y tiene el cometido, por un

[7] Chiovenda, *Istituzioni*, II, pág. 232; Carnelutti, *Sistema*, I, pág. 464; Redenti, *Profili*, pág. 371; Redenti, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 183; Zanzucchi, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 384; Satta, *Diritto proc. civ.*, pág. 75; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 301; Rocco, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 425; Lugo, *Manuale*, pág. 78; Andrioli, *Commento*, I, pág. 234; Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 188; Carnelutti, *Figura giuridica del difensore*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, pág. 65; Carnelutti, *Storia e natura del giudice istruttore*, en *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pág. 157.

lado, atemperar el impulso del interés en litis, y por otro el de suministrar a la tutela la pericia necesaria.

Para el segundo de dichos cometidos es suficiente que el defensor *asista a la parte a manera de consultor,* cuyo dictamen ella hace oir en el oficio judicial; éste es, por tanto, el defensor *consultor.* Según que la asistencia se despliegue en el campo del derecho o en el de la técnica (no jurídica), el defensor consultor puede ser un jurista o un técnico; puesto que, según el ordenamiento del patrocinio (*infra,* n. 111), en línea general el defensor consultor toma el nombre de *abogado,* la ley, a propósito de ambos oficios, habla de *abogado* o de *consultor técnico* (art. 87; *infra,* n. 109).

Para el primer cometido es necesario, en cambio, que el defensor *se sustituya a la parte en el contacto con el oficio judicial,* es decir, *que comparezca* (*infra,* n. 305) en lugar de la parte; a esta hipótesis corresponde el defensor *activo,* el cual, excepción hecha del juicio de casación, por lo común se llama *procurador* (art. 82[3]).

Se suele definir al defensor activo como representante de la parte (procurador); pero esta definición es inexacta, pues el juicio relevante para los actos jurídicos realizados por el defensor no es nunca el suyo, sino el de la parte misma; por tanto, no la figura del representante, sino la del *nuncius,* cooperador de la parte en dar forma a las declaraciones de ésta, sirve para el encuadramiento teórico del defensor; la cooperación en dar forma a las declaraciones se realiza precisamente porque la parte, a causa de su inexperiencia o de su pasión, no es conceptuada idónea para darla por sí. A su vez, el *nuncius* se encuadra en una figura a la cual la teoría general del derecho, y hasta la misma teoría general de la realidad, debería prestar mucha atención; tal es la figura del *mediador,* cuyo cometido está en abreviar las distancias entre hombre y hombre, según es manifiesto en el ejemplar conocidísimo de la *mediación contractual*; ahora bien, también en el proceso es necesaria la mediación; precisamente el defensor sirve para reducir la distancia entre la parte y el juez.

A la función ejercida por el defensor se la denomina *patrocinio.*

109. CONSULTA TECNICA.

La inexperiencia de la parte puede manifestarse también en zonas de la técnica distintas de la técnica jurídica, razón por la cual, como dijimos, el defensor consultor se distingue en *defensor jurista* y *defensor técnico*. El problema de la defensa técnica (en sentido estricto), que era descuidado por el antiguo código, ha sido ahora resuelto, según los votos de la doctrina, mediante un instituto, análogo al patrocinio, que se denomina *consulta técnica*.

El consultor técnico presenta, pues, una figura estrictamente análoga a la del abogado, y opera en el proceso a la manera de este último, por lo cual debe comprendérselo en el amplio concepto del defensor consultor (art. 87).

110. CARGA DEL PATROCINIO (*).

Según la gravedad de la litis y la complicación del proceso, la obra del defensor se considera necesaria o solamente útil; a este propósito la ley se remite a la jerarquía de los oficios judiciales (*infra*, n. 115). Bajo este aspecto se distingue el patrocinio *facultativo* del patrocinio *necesario*.

El patrocinio es facultativo en el proceso ante el conciliador (art. 82[1]; *infra*, n. 494), *en el proceso individual del trabajo* (art. 436[1]; *infra*, n. 649), *en el proceso en materia de previsión o de asistencia obligatoria* (art. 462; *infra*, n. 656), *en el proceso colectivo* (art. 413[1]; *infra*, n. 639). *El patrocinio consultivo, no el patrocinio activo, es necesario en el proceso ante el pretor* (art. 82[2]); pero el pretor, "en consideración a la naturaleza y a la importancia de la causa", puede autorizar a la parte a comparecer sola en juicio. *En todos los demás casos es necesario el patrocinio activo y es facultativo el patrocinio consultivo. La consulta técnica es siempre facultativa* (art. 87). Estas normas, no sólo por la amplitud de la fórmula, sino también porque están contenidas en la parte general del código, se refieren a todo tipo de proceso; en particular también al proceso de ejecución.

(8) CARNELUTTI, *Assistenza delle parti nel giudizio avanti al pretore*, en *Rivista di dir. proc.*, 1954, II, pág. 284.

La carga del patrocinio, aun activo, no excluye que la parte pueda asistir a la instrucción del proceso cognitivo (*infra*, ns. 401 y sigtes.), aun cuando se haga en audiencia no pública (pero en silencio, a menos que obtenga del juez el permiso para intervenir; art. 84², de las disp. de aplicación). Tampoco se excluye que para determinados actos respecto de los cuales la actividad de la parte en persona sea particularmente útil o menos peligrosa, la obra del defensor no sea necesaria; en el proceso de cognición está así dispuesto en cuanto a la asunción de las pruebas (art. 206; *infra*, n. 436); en cuanto al proceso ejecutivo así debe entenderse respecto de la asistencia a la audiencia del juez de la ejecución (art. 485; *infra*, n. 676).

La carga del patrocinio se excluye cuando la persona que comparece ante el oficio en calidad de parte, tenga calidad para ejercer el patrocinio activo ante ese mismo oficio (art. 86; *infra*, n. 111).

En todo caso el patrocinio activo, aun cuando sea necesario, no excluye que el oficio pueda tomar contacto directo con la parte, ordenando su comparecencia personal a fin de ser interrogada sobre los hechos de la causa; tal comparecencia debe hacerse, sin embargo, en contradictorio, y si la parte lo requiere, con asistencia del defensor (arts. 117, 185, 413²; *infra*, ns. 419 y 441); la fórmula más breve del art. 413² debe ser integrada por el intérprete con referencia al art. 117; por eso, la orden de comparecencia personal no significa que la parte deba personalmente *comparecer en juicio*, sino que *debe responder a las preguntas del juez*.

111. ELECCION DEL DEFENSOR (9).

El defensor (salvo alguna que otra rara excepción; cfr. art. 697; *infra*, n. 895) *lo elige la parte*, y su elección puede ser *libre* o *limitada*.

Es limitada de ordinario la elección del defensor jurista, cuyo oficio no puede ser ejercido más que por personas cuya idoneidad haya sido verificada mediante la inscripción en

(9) LEGA, *La libera professione*, Milano, Giuffrè, 1950.

determinados *registros*; éstos son los registros de los *procuradores* y de los *abogados*; una mayor restricción está establecida para el proceso en materia de asistencia y previsión obligatoria (art. 462). La limitación se excluye en orden al patrocinio ante el conciliador cuyo oficio tenga sede en un lugar donde no hay pretura (art. 319[1]).

Los procuradores y los abogados son profesionales libres que ejercen el patrocinio de la parte en el proceso en virtud de un contrato que pertenece al género *contrato de obra (intelectual*; art. 2230, Cód. civ.); les está prohibido, por lo común, obligarse a la parte mediante un *contrato de empleo* (*contrato de trabajo*; arts. 209[4] y sigtes., Cód. civ.). Esta regla, en particular, no es válida respecto del Estado, el cual, aunque asuma posición de parte en un proceso, se sirve de un defensor tomado de un cuerpo especial de empleados que se denomina *abogacía del Estado* (T. U. del 30 de octubre de 1933, n. 1611, y reglamento del 30 de octubre de 1933, n. 1612).

La profesión de procurador y de abogado está regulada por la ley del 27 de noviembre de 1933, n. 1578, según la cual los defensores se distinguen en *procuradores legales, abogados y abogados inscritos en el registro especial de la Corte de casación.* La distinción entre procurador y abogado se refería originariamente a la función activa o consultiva del defensor, pero después se ha deformado; según la ley vigente, se trata de tres grados sucesivos en la carrera del defensor.

El defensor activo debe ser siempre un procurador, menos en el juicio de casación, donde el patrocinio activo (a menos que se trate de reglamentación de competencia; *infra*, ns. 605 y sigtes.), debe ser encomendado a un defensor de tercer grado (art. 82). El defensor consultor debe ser siempre un abogado; salvo que en el juicio de casación, es indiferente que pertenezca al segundo o al tercer grado (art. 87).

El patrocinio activo puede ser encomendado a uno o más defensores; la fórmula del art. 82 no excluye el patrocinio múltiple, ya sea acumulativo, ya alternativo; un límite está estatuido solamente respecto del proceso colectivo (art. 413[1]).

Para el patrocinio consultivo jurídico está textualmente admitido que los abogados sean más de uno (art. 87).

Es libre, en cambio, desde el punto de vista cualitativo, la elección del defensor (consultor) técnico (art. 87), excepción hecha del proceso singular del trabajo (art. 441) y del proceso en materia de asistencia y previsión obligatoria (art. 463; cfr. también art. 468); pero no desde el punto de vista cuantitativo, pues en el proceso ordinario se admite un solo consultor (*ibi*); constituye excepción a esta regla el proceso colectivo (*supra*, n. 49), en el cual los consultores técnicos pueden ser más de uno (art. 413[1]), pero su número puede ser limitado por el juez.

112. NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR.

El defensor es nombrado por las partes mediante una declaración que toma el nombre de poder (procura); este nombre se refiere en particular al patrocinio activo, y proviene ciertamente de la opinión de que el defensor activo es un representante. La ley habla de *poder para las litis*, con una fórmula que más exactamente debería resolverse así: *poder para defender a la parte en la litis* (art. 83); con mayor precisión la ley abrogada empleaba la voz *mandato*.

El mandato puede referirse a más de una litis (mandato *general*) o solamente a una litis (mandato *especial*), según el art. 83[2]; el mandato especial no se extiende, salvo diversa voluntad expresada por quien lo confiere, a la renovación del procedimiento en sede de impugnación (art. 83[4]; *infra*, n. 518); para los juicios de casación (art. 613; *infra*, n. 574) y de revocación (art. 398[3]; *infra*, n. 613) el mandato debe ser especial.

El mandato puede ser revocado por la parte o también renunciado por el defensor (art. 85).

El mandato debe ser probado por el defensor solamente si se trata de patrocinio activo; el defensor consultor debe ciertamente ser nombrado por la parte, pero excepción hecha del consultor técnico (art. 201[4]), no hay necesidad de prueba del nombramiento. La prueba debe estar constituida por acto

público o por escritura privada autenticada (art. 83[2]); si el nombramiento se escribe al fin o al margen de la primera escritura hecha a instancia de la parte en el proceso (según los casos, citación, escrito de respuesta, recurso, contrarrecurso, precepto), la autenticación puede ser puesta en él por el mismo defensor (art. 83[3]); el poder de documentar la autenticidad de la firma de la parte, análogo al poder del notario, no compete, sin embargo, al defensor más allá de los límites estatuidos por la ley, de manera que no podría ejercerlo en orden a la firma puesta en una hoja separada de la escritura a que nos hemos referido. Cuando es autenticada por el defensor, la procura (llamada procura o mandato *al pie*) no puede menos de ser especial. Para el mandato al consultor técnico es necesario un documento público (acta de la declaración de las partes), formado por el secretario (art. 201[1]).

Lógicamente, el mandato debe ser anterior al inicio del proceso en el cual debe el defensor prestar su oficio; a este fin, aunque el documento no esté fechado, basta que resulte su existencia por la relación de notificación del acto que inicia el proceso; sin embargo, se admite que el mandato sea posterior a la tal notificación, con tal de que sea anterior a la constitución en juicio de la parte representada (art. 125[2]) y no se requiera mandato especial (art. 125[3]).

113. PODERES DEL DEFENSOR.

El defensor activo hace las veces de la parte en el proceso, de manera que él realiza y frente a él se realizan todos los actos del procedimiento que según la ley deben ser realizados por la parte o en relación a la parte que lo ha nombrado, a menos que la ley prescriba su cumplimiento por otra o en relación a la parte en persona (art. 84[1]). No se comprenden entre los actos del procedimiento los que la parte pueda o deba llevar a cabo como prueba; por ejemplo, las respuestas a un interrogatorio o a un juramento (*infra*, ns. 442 y 446); tanto menos los actos "que importen disposición de derecho en controversia" (art. 84[2]), como, por ejemplo, renuncia, reconocimiento, transacción, compromiso.

Los actos llevados a cabo por el defensor activo y las razones expuestas por el defensor consultor en lugar de la parte, tienen efecto como si proviniesen de la parte misma, y ésta no podría en ningún modo hacer valer una transgresión de las instrucciones que él haya dado, sino a los fines de la responsabilidad de él.

Tal eficacia de los actos del defensor continúa aun después de la revocación del mandato o de la renuncia a él, mientras el defensor renunciante o revocado no haya sido sustituido (art. 85).

El defensor activo no tiene, en cambio, representación alguna de la parte para el ejercicio de los derechos que se hacen valer en el proceso, a menos que tal representación le haya sido conferida por un mandato distinto del mandato para las litis; sólo para el proceso ante el conciliador (art. 319[2]) y para el proceso individual del trabajo (art. 436[2]) y el mandato para las litis, general o especial, le atribuye el poder de transigir sobre la pretensión; de la diversa fórmula de las dos normas citadas se infiere, sin embargo, que en el segundo caso el poder se limita a la *composición judicial* (transacción por mediación del juez en vía conciliatoria; *supra*, n. 61); en ningún caso el poder podría extenderse a la renuncia o al reconocimiento de la pretensión (*supra*, n. 60).

SUBTITULO SEGUNDO

DEL OFICIO JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA CONSTITUCION DEL OFICIO (1)

114. NOCION DEL OFICIO JUDICIAL

A los fines de la composición de la litis por medio del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, no basta la obra de las partes; esta insuficiencia es de razón común y se expresa con la conocida contraposición entre la *parte* y el *juez*, en la cual, sin embargo, la palabra juez está no tanto para designar a la persona que juzga cuanto al conjunto de personas que actúan en el proceso y no son partes o defensores; mejor que juez, tal conjunto se designa con la denominación de *oficio judicial*.

Oficio judicial es, por tanto, una UNIVERSITAS PERSONARUM, *es decir, un agregado de personas conjuntamente combinadas para el ejercicio de la potestad judicial*; precisamente con miras a esa combinación, la identidad de las personas singulares que lo integran, es indiferente para la identidad del oficio; el tribunal de Roma permanece siempre el mismo por más que cambie la cantidad o la identidad de los jueces o de los demás oficiales que forman parte de él.

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 55; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 516, 642; REDENTI, *Profili*, pág. 294; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 127; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 207; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 5; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 156; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 323; LUGO, *Manuale di dir. proc. civ.*, pág. 29; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 59; UGO ROCCO, *Il giudice e i suoi ausiliari*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1941, I, 269.

115. SISTEMA DE LOS OFICIOS JUDICIALES (*).

Teóricamente, para el ejercicio de la función judicial pudiera bastar un solo oficio; pero prácticamente la multiplicidad de los oficios está aconsejada por la conveniencia de distribuirlos sobre el territorio del Estado, así como también por la de diferenciarlos en orden a las diversas funciones procesales que les son encomendadas; por eso sobre la unicidad prevalece la multiplicidad de los oficios.

Entre los varios oficios se distinguen, ante todo, los oficios *ordinarios* y los oficios *especiales*. La distinción corresponde a la diferencia que hay entre regla y excepción; oficios especiales son los destinados a la composición de determinadas categorías de litigios o a tratar determinadas categorías de negocios.

Según el art. 102 de la Constitución, "no pueden ser instituidos jueces extraordinarios o jueces especiales"; pero el inmediato art. 103 reconoce que "el Consejo de Estado y los demás órganos de justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela frente a la administración pública de los intereses legítimos y en particulares materias indicadas por la ley, también de los derechos subjetivos"; y no se puede negar, una vez declarado así en la fórmula misma de la Constitución el carácter jurisdiccional de tales órganos, que los tales sean precisamente jueces especiales. Por otra parte, el mismo art. 102 admite que "pueden constituirse, junto a los órganos judiciales ordinarios secciones especializadas para determinadas materias, incluso con participación de ciudadanos idóneos ajenos a la magistratura"; tales son, por ejemplo, los *tribunales de las aguas públicas* (arts. 138 y 139 del T. U. del 11 de diciembre de 1933, n. 1775); puesta la distinción entre oficios ordinarios y oficios especiales según el criterio anteriormente indicado, no se puede negar que también dichas "secciones especializadas" son oficios especiales. Por lo demás, el mismo carácter debe reconocérsele también a la

(2) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1955, págs. 613 y 638.

Corte constitucional prevista por el art. 134 de la Constitución.

En cambio, son oficios ordinarios aquellos a los cuales (salvo la distribución de la competencia entre ellos) se defieren todas las litis o los negocios de cualquier naturaleza, excepto los reservados a los oficios especiales. En orden a esta distinción, los oficios se dividen según el *tipo*.

A su vez, los oficios ordinarios se clasifican en una jerarquía en virtud de la cual se procede de una masa de oficios inferiores, a través de grupos progresivamente menores de oficios intermedios, a un solo oficio supremo; el ordenamiento se representa de este modo como una pirámide en cuya base está la tupida red de los oficios del conciliador; sobre esa red hay otra red menos densa de oficios de pretura; sobre esta segunda, un número menor de oficios de tribunales, y más arriba todavía, de Cortes de apelación; en la cúspide, el oficio único de la Corte de casación (art. 1 del decreto del 30 de enero de 1941, n. 12). Bajo este aspecto los oficios se dividen por razón del *grado*.

La zona del territorio asignada a cada oficio se dice que es su *circunscripción* (ejemplo, arts. 21, 163 *bis*): los oficios inferiores comprendidos en la circunscripción de un oficio superior, se dice que son *dependientes* de él. Por tanto, todas las Cortes de apelación dependen de la Corte de casación; de cada una de las Cortes de apelación dependen los tribunales comprendidos en la circunscripción de ella; de cada uno de los tribunales, las preturas comprendidas en su circunscripción, y así sucesivamente. En la actualidad las circunscripciones judiciales están establecidas por las tablas anexas al citado D. L. del 30 de enero de 1941, n. 12.

Sede se denomina más propiamente al lugar donde se encuentra el edificio adscrito al servicio del oficio (*palacio de justicia*); dicha sede, de ordinario, está situada en la capital de la circunscripción.

116. DIVISION DEL OFICIO JUDICIAL.

En los oficios judiciales ordinarios debe hacerse una distinción fundamental según que a sus componentes les esté en-

comendada la *función juzgadora* o la *función requirente*; estas dos formas aluden a la conveniencia de la división del trabajo, según consista éste en *demandar* o en *proveer*, esto es, en proponer la litis o el asunto y los medios para su composición o su definición, o en componer la primera o disponer acerca del segundo con el empleo de tales medios; puesto que, como veremos, no siempre en el proceso civil, y menos todavía en el proceso penal, el primero de estos cometidos puede ser encomendado a las partes, preciso es que pueda ejercerlo el oficio mismo; pero por su profunda diversidad ambas funciones deben ser encomendadas a personas distintas. Por ello los oficios judiciales superiores, a partir del tribunal, se distinguen en dos reparticiones, la una de las cuales se denomina *oficio juzgador* y la otra *oficio requirente*; la primera constituye más propiamente el *tribunal*, la *Corte de apelación*, la *Corte de casación*; la segunda toma el nombre de *procuraduría de la República*, respectivamente, ante el tribunal, ante la Corte de apelación o ante la Corte de casación; ante estas dos últimas el oficio requirente no tanto se dice procuraduría de la República cuanto *procuraduría general de la República*. Una tal división no existe junto a los conciliadores y las preturas; cuando sea necesario, a este respecto la función requirente la ejerce la procuraduría de la República ante el tribunal en cuya circunscripción tiene su sede el oficio judicial.

En su plena composición el oficio judicial tiene, pues, en sí, todos los elementos necesarios para el cumplimiento del proceso, tanto para la investigación como para la valoración. El proceso penal en contumacia y sin parte civil es un ejemplar de proceso en cuya gestión no participa ningún sujeto que no esté comprendido en el oficio judicial.

Puesto que, según dijimos, el proceso civil utiliza ampliamente para sus fines la iniciativa de las partes, no es frecuente el caso de que opere exclusivamente por medio del oficio judicial; sin embargo, se puede imaginar algún que otro caso de esta índole; por ejemplo, un proceso de interdicción a demanda del ministerio público en contumacia de la persona a quien hay que declarar en interdicción o en inhabilitación.

De ordinario el proceso civil se hace en colaboración entre el oficio judicial y las partes.

Una diferencia se da en el proceso civil entre el oficio judicial juzgador y el oficio judicial requirente, en el sentido de que la obra del primero se presenta en todo caso y la obra del segundo solamente en algunos casos. El Código de procedimiento civil determina cuáles son esos casos (*infra*, ns. 198 y sigtes.).

117. COMPOSICION DEL OFICIO JUDICIAL.

La composición del oficio judicial resulta de un cierto número de personas establemente adscritas a las funciones judiciales; las tales, desde el punto de vista administrativo, son *empleados judiciales*, y desde el punto de vista procesal, *oficiales del proceso*.

Junto a los oficiales entran a constituir el oficio, cuando es necesario, integrándolo según las necesidades o las conveniencias de cada proceso singular, otras personas a las cuales se les confiere en cada caso un encargo particular; es justo, por tanto, llamarlas *encargados judiciales*.

Los oficiales constituyen el esquema fijo o mínimo del oficio; los encargados constituyen su elemento variable.

Puesto que en todo caso el oficio consiste en un conjunto de personas, corresponde a la conveniencia que esté ordenado jerárquicamente; la manifestación más destacada de dicha ordenación está en que el oficio se rige por un *jefe*. En cuanto a los oficios colegiados, los cuales se dividen en oficio juzgador y oficio requirente, pero la jerarquía no comprende al oficio entero, sino que está limitada a una de dichas dos reparticiones; pero hay un jefe del oficio requirente y un jefe del oficio juzgador; este último toma el nombre de *presidente* (del tribunal, de la Corte de apelación, de la Corte de casación). También los oficios singulares están ordenados jerárquicamente; jefe de ellos es el oficial superior, y si los oficiales superiores son más de uno, los que tienen mayor antigüedad.

Cuando el oficio judicial, por lo extenso de la circuns-

cripción, está compuesto de un número considerable de oficiales y particularmente de jueces, se divide en *secciones* (art. 35 del D. L. del 30 de enero de 1941, n. 12, en cuanto a las preturas; arts. 46 y 54 en cuanto a los tribunales y a las Cortes de apelación; art. 66, en lo que respecta a la Corte de casación).

115. OFICIALES DEL PROCESO.

Los oficiales del proceso pueden clasificarse, bajo el aspecto administrativo o bajo el aspecto judicial, según el *grado* o según la *función*.

La primera de dichas clasificaciones, aunque naturalmente interese también al estudio del derecho procesal, pertenece más propiamente al derecho administrativo, uno de cuyas zonas consiste, precisamente, en el *derecho administrativo procesal*.

Las normas concernientes al nombramiento y a la carrera de los oficiales del proceso están fuera del Código de procedimiento civil; su núcleo principal está constituido, en cuanto a los jueces y a los oficiales del ministerio público, por el D. L. del 30 de enero de 1941, n. 12, arts. 118 y sigtes.; y en cuanto a los secretarios judiciales y a los secretarios del ministerio público, también por el D. L. del 8 de mayo de 1924, n. 745; y en cuanto a los oficiales judiciales, por el T. U. del 28 de diciembre de 1924, n. 2271.

El nombramiento de los encargados judiciales, que entra, en cambio, en los actos del proceso, será objeto de estudio más adelante.

Según el segundo criterio, los oficiales se distinguen en *oficiales superiores* y *oficiales inferiores*; los primeros *pertenecen* al *orden judicial*, los segundos *están adscritos* a él.

Los oficiales superiores del oficio juzgador presentan un tipo único, que toma el nombre de *juez*; éste es verdaderamente el nombre que corresponde a la función, y por eso es usado en el Código de procedimiento civil; otras designaciones como *conciliador, pretor, juez de tribunal, consejero de apelación* o *de casación*, atañen a su pertenencia a un deter-

minado oficio o a su grado. La palabra "juez" alude sobre todo al acto en que se resuelve el proceso de cognición; pero las funciones del juez no se agotan en él ni pueden prestarse a una definición; sólo se puede decir que le están encomendadas las funciones superiores del proceso.

Unico es también el tipo del oficial superior requirente, al cual se le da el nombre de *ministerio público*; también aquí otras designaciones, como *procurador de la República* o *procurador general de la República*, indican más bien la pertenencia del oficial al oficio o su grado; la designación de *ministerio público*, a diferencia de la de *juez*, se presta mucho menos para expresar la función de la cual, antiguamente definida en forma un tanto enfática e imprecisa por los arts. 82 y sigtes. del T. U. del 30 de diciembre de 1935, n. 2786, el art. 69 del subsiguiente D. L. del 30 de enero de 1941, n. 12, hoy todavía vigente, ha renunciado a dar la definición; en general competen al ministerio público las tareas superiores inherentes a la acción pública en el proceso (*infra*, ns. 198 y sigtes.).

Oficiales inferiores son el *secretario judicial*, el *secretario del ministerio público*, y el *oficial judicial*.

Al secretario judicial y al secretario del ministerio público competen funciones de orden, relativas sobre todo a la documentación y a la custodia (art. 5 del D. L. del 8 de mayo de 1924, n. 745; arts. 57 y sigtes.). Secretario judicial es el oficial inferior que ejerce tales funciones con respecto al juez; secretario del ministerio público es aquel a quien competen esas mismas funciones respecto de dicho ministerio. Para ciertos casos en que la documentación puede presentar notables dificulades, la ley prescribe que el secretario judicial la ejerza "bajo la dirección del juez".

Tampoco el nombre de oficial judicial expresa las funciones específicas a las cuales corresponde el segundo tipo de oficial inferior; incluso el nombre está mal elegido, ya que está para expresar el *genus* entero a que pertenece también el juez; se ocupa en particular de la notificación y de algunos actos del proceso ejecutivo (art. 1 del T. U. del 28 de diciembre de 1924, n. 2271; art. 59).

Cuando un oficio está formado por un número de oficiales mayor que el necesario para el cumplimiento de cada uno de los actos singulares de un proceso, no es necesario que al mismo proceso atienda siempre el mismo oficial, pudiendo así los actos siguientes (en los límites de la respectiva competencia; *infra*, ns. 159 y sigtes.) ser realizados por oficiales distintos; en ello está el principio de la *fungibilidad* de los miembros del oficio, propio de la *universitas personarum*. Puesto que, sin embargo, el no haber realizado los actos precedentes puede hacer al oficial menos idóneo para realizar los actos posteriores (por ejemplo, es conveniente que el juez que debe decidir, haya escuchado la discusión oral; *infra*, n. 476), dicho principio está limitado por algunas expresiones: así, está establecido que de ordinario no cambie durante toda la instrucción el juez instructor (art. 174; *infra*, n. 402); igualmente que, si un juez del colegio no ha asistido a la discusión, no pueda tomar parte en la decisión (art. 276[1]; *infra*, n. 478), o en cuanto al juez singular, que éste no deba de ordinario decidir si no ha procedido a la instrucción (art. 63, de las disp. de aplicación).

119. COLEGIO JUDICIAL.

Entre los oficiales del proceso los jueces se distinguen también en que, relativamente a su cometido particular, operan a veces, no singularmente, sino *en colegio*, por lo cual se forma una (*menor*) *universitas* dentro de la (*mayor*) *universitas*, y de este modo el oficio está constituido, no sólo por oficiales singulares, sino por combinaciones de ellos, que precisamente se denominan *colegios judiciales* (cfr. arts. 189 y sigtes.). El colegio judicial debe, por tanto, distinguirse del oficio judicial y está contenido dentro de él; cuando comprende colegios de jueces, en vez de comprender a jueces singulares, el oficio se dice que es *colegiado*.

El colegio se compone de ordinario enteramente de *oficiales* del proceso (jueces; *supra*, n. 117); por excepción hay *colegios mixtos*, compuestos de *oficiales* y de *encargados* (tales son, por ejemplo, las secciones especiales del tribunal y de

la Corte de apelación para las controversias agrarias, según la ley del 25 de junio de 1949, n. 353).

La colegialidad garantiza la perfección acabada de la observación y la ponderación del juicio; por el contrario, aumenta el peso y el costo del órgano judicial; por eso se reserva a los oficios superiores; entre los oficios ordinarios son colegiados el tribunal, la Corte de apelación y la Corte de casación. El número de los que integran el colegio es por lo común impar, y va aumentando del oficio inferior al superior: en el tribunal, los jueces son tres (art. 48, D. L. del 30 de enero de 1941, n. 12); en la Corte de apelación, cinco (art. 56, *ibi*); en la Corte de casación, siete o quince, según que juzgue en sección simple o en secciones unidas (art. 67, *ibi*; *infra*, n. 598). Para los oficios compuestos de un número de jueces superior al necesario para la formación del colegio, la elección de los jueces que lo constituyen la hace el jefe del oficio (art. 114^1, de las disp. de apl.), o en su defecto, la ley (art. 114^2, *ibi*).

120. ENCARGADOS JUDICIALES (3).

Los principales encargados judiciales son el *asesor, el notario, el consultor judicial, el custodio y el comisionista.*

El asesor puede ser *deliberante* o *consultor*; en el primer caso forma parte del colegio judicial y ejerce funciones de juez; en el segundo suministra al juez noticias o consejos acerca de la litis y se aproxima al consultor; a la primera especie pertenecen los expertos de las secciones especiales para las controversias agrarias (*supra*, n. 119); a la segunda especie, los asesores en el proceso colonial (art. 19 del decreto del 20 de marzo de 1903, n. 289).

El *notario*, que tiene ya fuera del proceso funciones, no sólo documentales, sino parajudiciales (cfr. arts. 498 y siguientes, Cód. civ., en orden a la liquidación de la herencia beneficiaria, y el art. 530^2, Cód. civ., para la liquidación de la herencia yacente) puede ser encargado (art. 68^2) tanto de la inspección de pruebas documentales (art. 212^2; *infra*,

(3) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 50; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 185.

n. 467) como de fases enteras del procedimiento (cfr., en cuanto al procedimiento de división, art. 786; *infra*, n. 936).

El *consultor técnico* asiste al juez "para el cumplimiento de actos singulares o para todo el proceso", cuando tal cumplimiento requiera particulares conocimientos técnicos (art. 61); la función que consiste en realizar las indagaciones que le encomiende el juez y en suministrarle aclaraciones, es aproximadamente la misma que en la anterior legislación ejercía el *perito* (art. 62), pero ha cambiado notablemente el modo de su ejercicio (*infra*, n. 403); la elección que de él hace el juez libre, salvo las normas particulares relativas al procedimiento en materia de trabajo (arts. 441[1], 442[1], 463 y 468); el cambio de nombre se considera oportuno a fin de acentuar la diversa concepción del instituto, que hoy la ley considera en relación al oficio judicial, mientras que antiguamente se refería a las pruebas. De ordinario la asistencia del consultor es facultativa, por lo cual el juez lo nombra si hay necesidad de él (art. 61: "cuando es necesario, el juez puede hacerse asistir..."); en algún caso, sin embargo, es obligatoria (cfr. arts. 453 y 465[2]). Aunque en el consultor técnico se contemple hoy, por el mismo legislador, un auxiliar del juez y no ya, como se pensaba del perito, una figura análoga al testigo, sin embargo, algo persiste de la antigua concepción en el modo como la ley regula su función, sobre todo en cuanto su dictamen se manifiesta por escrito (mediante un informe que se deposita en secretaría; art. 195[3]); pero se admite que asista a la discusión y exprese verbalmente su dictamen "en cámara de consejo" (*infra*, n. 354; arts. 197 y 441).

Pertenecen al tipo del consultor algunas variedades inferiores, entre las cuales son de notar el intérprete (art. 122[2]), el *traductor* (art. 123) y el *estimador* (art. 518[1]; cfr. art. 568[3], en el cual se habla genéricamente de *experto*).

El custodio provee a la conservación y administración de los bienes embargados (art. 65); es un custodio también el instituto al cual, según el art. 592, puede ser encomendada la administración judicial de los inmuebles embargados (cfr. art. 159, de las disp. de aplicación).

El comisionista está encargado de la venta, con subasta

o sin ella, de los bienes embargados (arts. 532 y 534); es un comisionista también el instituto al cual, según los arts. 534 y 159[2], disp. apl., puede ser encomendada la ejecución de la venta de los bienes muebles.

Además de estas figuras típicas de encargado, se admite que "en los casos previstos por la ley o cuando surja la necesidad de ello, el juez, el secretario o el oficial judicial, se puede hacer asistir por expertos en una determinada arte o profesión, y en general, por persona idónea para el cumplimiento de actos que él no está en situación de realizar por sí solo" (art. 68[1]); aplicaciones de tal naturaleza pueden verse en los arts. 513, 520, 536, en lo referente a la obra de las personas idóneas para "abrir puertas, escondrijos o recipientes", o para transportar las cosas embargadas, o en el art. 612[2] en cuanto a las personas "que deben proveer al cumplimiento de la obra no realizada o la destrucción de la realizada".

Resulta de los arts. 534 y 592, así como del art. 159, disp. apl., que encargado en carácter de custodio o comisionista puede ser, en lugar de una persona física, una persona jurídica.

En cuanto al nombramiento de los encargados pertenecientes a algunos de los tipos ahora descritos, cuando una limitación no vaya implícita ya en la designación de ellos (como ocurre con el notario), están establecidas particulares cautelas; así, los asesores de la magistratura del trabajo y los consultores técnicos del juez no pueden ser elegidos más que entre las personas inscritas en los registros previstos por los arts. 4 y sigtes., 13 y sigtes., 25 y sigtes. disp. apl., en ellos, particularmente, es distinto el registro general de los consultores técnicos del registro especial de los consultores técnicos en los procedimientos del trabajo; así, los institutos que pueden ser encargados de la venta en pública subasta de los bienes muebles que hay que expropiar (art. 534; *infra*, n. 740) o de la administración judicial de los bienes inmuebles (art. 592; *infra*, n. 782), deben ser autorizados mediante decreto del Ministro de Justicia (art. 159[1], disp. apl.). En cuanto a algún encargado que otro de orden inferior, está todavía pres-

crita la cautela del juramento (arts. 161, 193, 194, disp. aplicación).

121. ABSTENCION Y RECUSACION DEL OFICIAL O DEL ENCARGADO JUDICIAL (4).

Aunque el nombramiento de los oficiales o de los encargados esté regulado en forma que recaiga sobre quien posea el máximo de idoneidad para el ejercicio de la función, puede ocurrir que, especialmente cuando el nombramiento no se haga en atención a una litis determinada, el nombrado no sea, sin embargo, idóneo para el tal ejercicio. Las causas imprevisibles de no idoneidad atañen a su *participación en uno de los intereses en litis*. Entre la parte y el oficio judicial la diferencia está en que, mientras el estímulo de la primera está constituido precisamente por dicho interés, el estímulo del segundo es, en cambio, mediante el deber (*infra*, n. 193), el interés público en la composición de la litis según justicia; supuesta la antítesis entre ambos intereses, es claro que para quien tiene que obrar en virtud del segundo, es una causa de no idoneidad que se deje sentir sobre él también el primero.

Esta no idoneidad es reconocida comúnmente en orden al *juez*, del cual todos saben que no consigue juzgar bien si no es *imparcial*. Pero se extiende también al *ministerio público*, el cual tiene sin duda una función profundamente diferente de la del juez y similar a la de la parte, pero la ejerce para fines análogos a los que estimulan al juez y diferentes de los que son propios de la parte (*ibi*), por lo cual la imparcialidad es también un requisito oportuno y hasta necesario de su idoneidad.

Pero, como la imparcialidad del oficial o del encargado no puede ser comprobada sino en consideración a cada una de las litis o a cada uno de los asuntos, a fin de excluir del ejercicio de la función a quien no esté provisto de ella, es ne-

(4) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 302; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 45; COSTA, *La ricusazione del giudice*, en *Studi sassaresi*, 1936; ANDRIOLI, *Commento*, I, págs. 176 y 189; COSTA, *Astensione e ricusazione del giudice*, en *Nuovo digesto italiano*.

cesario, manifiestamente, encontrar un medio que asegure la tal exclusión. Este medio consiste en constituir una obligación en él de no ejercer la función cuando se presente en relación a él una causa de parcialidad (*abstención*) y un poder en cada una de las partes orientado a provocar su exclusión cuando aquél no haya obedecido a dicha obligación (*recusación*). Es claro que la obligación de abstención o el poder de recusación no surge por la sola pertenencia del juez al oficio judicial ante el cual se proponga la litis o el negocio, sino en cuanto sea él llamado actualmente a juzgar de la una o del otro. Se excluyen en todo caso la abstención y la recusación del juez que tiene que decidir sobre la abstención o la recusación (arg. art. 68[3], Cód. proc. pen.; *infra*, n. 428).

Por otra parte, puesto que el instituto de la abstención y de la recusación no sólo crea una molestia en el oficio judicial, por la necesidad de sustituir a la persona que se ha abstenido o ha sido recusado, sino que puede prestarse a fáciles abusos, está disciplinado por la ley en forma restrictiva mediante la disposición de severos *límites subjetivos* y *objetivos*.

Se entiende que tal obligación del oficial o del encargado y tal poder de la parte, incide sobre el poder de que el oficial está investido para ejercer su oficio (*infra*, n. 187), y por otra parte, sobre la distribución del trabajo entre los oficiales o los encargados (competencia; *infra*, n. 125); por lo cual el instituto de la abstención y de la recusación se encuadra tanto en la teoría de la competencia como en la de las relaciones jurídicas procesales; sin embargo, en cuanto atañe estrictamente a los requisitos de idoneidad (*específica*, no *genérica*), de los cuales depende la institución de los oficiales o de los encargados, me parece oportuno continuar tratando de él en este capítulo y no en el capítulo o en el título siguientes.

122. LIMITES SUBJETIVOS DE LA ABSTENCION Y DE LA RECUSACION.

No todos los oficiales ni todos los encargados están sujetos a la abstención o a la recusación, sino únicamente aque-

llos cuya parcialidad constituya un más grave peligro para el buen éxito del proceso.

Entre los oficiales sólo el juez está sujeto tanto a la abstención como a la recusación (arts. 51 y sigtes.; art. 78, disp. apl.). El ministerio público sólo está sujeto a la abstención (art. 73).

Entre los encargados sólo están sujetos a ella el asesor deliberante (*supra*, n. 120; arg. art. 11 disp. apl.) y el consultor técnico (art. 63²); pero a este último no le está impuesta, como al primero, la obligación de abstenerse; si se verifica una de las causas de parcialidad, queda él liberado de la obligación de prestar su oficio (art. 63¹) y puede ser recusado (art. 63²). En cuanto al custodio, la ley provee a garantizar su imparcialidad prohibiendo que se confiera el oficio sin particulares cautelas a determinadas personas (artículo 521¹).

123. LIMITES OBJETIVOS DE LA ABSTENCION Y DE LA RECUSACION.

Las causas de abstención o de recusación son idénticas en el sentido de que de ellas surge conjuntamente tanto la obligación en el oficial de abstenerse como el poder en las partes de proponer la recusación de él.

Tales causas consisten en la *participación directa o indirecta del oficial o del encargado en la litis o en el negocio.*

a) Participación directa la hay cuando dicho oficial tiene "interés en la causa" (art. 51, n. 1), fórmula que debe entenderse en el sentido de que sea sujeto de uno de los intereses en litigio o de un interés conexo con uno de ellos, lo que le daría título a la intervención principal (*infra*, n. 262) o accesoria (*supra*, n. 105); por eso es inútil la repetición del art. 51¹, n. 3, donde se prevé la hipótesis del juez acreedor o deudor de una de las partes.

b) La participación indirecta se verifica si el oficial o encargado:

α) es consanguíneo o afín hasta en cuarto grado o está unido por vínculo de afiliación o convive o es comensal habitual o gravemente enemigo respecto de alguna de las partes o de sus defensores (art. 51¹, ns. 2 y 3);

β) es tutor, curador, procurador, agente, dador de trabajo, de una de las partes o administrador de una persona jurídica, asociación o entidad que tenga interés en la litis (art. 51[1], n. 5);

γ) ha prestado oficio respecto de la litis como juez, árbitro, defensor, consultor o testigo (art. 51[1], n. 4);

δ) es sujeto de una litis distinta en que se presente una cuestión de derecho idéntica (art. 51[1], n. 1).

Sólo en cuanto a los asesores de la magistratura de trabajo (*supra*, n. 120) "la recusación puede proponérsela también por graves razones de conveniencia" (art. 11[1], de las disp. de aplicación).

124. EXONERACION DEL OFICIAL O DEL ENCARGADO.

También fuera de las hipótesis recién indicadas puede darse una situación que comprometa la imparcialidad del oficial o del encargado o suscite la sospecha contra él; entonces, aunque no surja ni obligación de abstenerse ni poder de recusarlo, puede él obtener que se lo exonere. Se ordena la exoneración en orden a los oficiales por el jefe del oficio, o si se trata de él, por el jefe del oficio superior (art. 51[2]), y en cuanto al consultor técnico, por el juez que lo ha nombrado (art. 63[4]).

Capítulo Segundo

DE LA COMPETENCIA (5)

125. NOCION DE LA COMPETENCIA.

El instituto de la competencia toma origen de la distribución del trabajo entre los diversos oficios judiciales o entre

(5) Carnelutti, *Sistema*, I, pág. 583; Carnelutti, *Teoria generale*, pág. 186; Chiovenda, *Istituzioni*, II, pág. 129; Redenti, *Profili*, pág. 307; Redenti, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 145 y II, pág. 100; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 244; Betti, *Diritto proc. civ.*, pág. 133; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 231; Satta, *Diritto proc. civ.*, pág. 13; Lugo, *Manuale di dir. proc. civ.*, pág. 38; Liebman, *Lezioni*, I, pág. 62; Andrioli, *Commento*, I, pág. 42; Gionfrida, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, Radio, 1942.

los diversos componentes de ellos. Puesto que el efecto de tal distribución se manifiesta en el sentido de que la masa de las litis o de los negocios se divide en tantos grupos, cada uno de los cuales es asignado a cada uno de los oficios, la potestad de cada uno de ellos se limita prácticamente a las litis o a los negocios comprendidos en el mismo grupo. Por tanto, competencia significa *la pertenencia a un oficio, a un oficial o a un encargado, de la potestad respecto de una litis o de un negocio determinado*; naturalmente, tal pertenencia es un requisito de validez del acto procesal, en que la potestad encuentra su desarrollo (*infra*, n. 325).

Resulta de estas nociones que la competencia puede referirse tanto al oficio en su conjunto como a una porción (sección; *supra*, n. 117) o a un componente de él (oficial o encargado; *ibi*); por eso se distingue la competencia *externa* de la competencia *interna*. También las fórmulas relativas a la competencia externa, sin embargo, puesto que la figura de oficial que está al frente del oficio y ejerce la más alta potestad de él es el juez, designan como titular de la competencia a este último y no al oficio (cfr. arts. 18 y sigtes.).

En rigor, puesto que la distribución del trabajo entre los oficios judiciales y entre los oficiales se obtiene limitando su poder, habría que tratar de la competencia más adelante, en el próximo título, dedicado a las relaciones jurídicas procesales y, por tanto, en primera línea, a los poderes del oficio y de los oficiales. Si este orden riguroso está aquí modificado, ello se debe, por una parte, a la oportunidad de no separar demasiado la exposición del sistema corriente, seguido también en el código (cfr. arts. 6 y sigtes.), y por otra, al desarrollo del instituto, y más aún en la tentativa hecha por mí de exponerlo completamente, por lo cual conviene una exposición separada.

La distribución del trabajo entre los oficios y entre los oficiales se resuelve en determinación de competencia únicamente en cuanto de ello se siga un límite a la potestad de cada cual; por eso, no toda distribución del trabajo implica una atribución de competencia; por ejemplo, cuando según los arts. 35 y sigtes., 46, 54 y 66 de la ley sobre el ordena-

miento judicial, estando el oficio dividido en secciones, el presidente asigna a cada una de ellas un determinado cometido, por lo cual se suelen distinguir las secciones civiles de las secciones penales, y asimismo la sección comercial o la sección de quiebra, ello atañe sin duda al ordenamiento del oficio, pero no constituye un fenómeno de competencia, de manera que, si una causa civil fuera decidida por una sección penal o viceversa, no se podría por ello reconocer su incompetencia. Es éste un aspecto de la teoría de la competencia que dista mucho todavía de estar claro; el camino para esclarecerlo es un cuidadoso estudio, que todavía no se ha hecho, de las relaciones entre competencia y legitimación, del cual resultará que la competencia entra en la legitimación del oficio, pero no la agota (*infra*, n. 325).

SECCION I. — DE LA COMPETENCIA EXTERNA

126. COMPETENCIA JERARQUICA O COMPETENCIA TERRITORIAL.

En el supuesto de una litis o un negocio, lo que se trata de saber es cuál sea el oficio judicial, entre los muchos que existen, al que debe ser propuesto. Las normas sobre la competencia tienen este fin.

Supuesto que la multiplicidad de los oficios judiciales se resuelve en multiplicidad de *tipos*, de *grados* y de *sedes* (*supra*, n. 115), la elección ha de hacerse en todos y cada uno de estos sentidos. Puesto que el primero de ellos se refiere a la distinción entre *oficios ordinarios* y *oficios especiales* (*supra*, *ibi*), y de estos últimos no se ocupa el Código de procedimiento civil, aquí sólo consideramos la distribución de las litis y de los negocios según el *grado* o la *sede* y, por tanto, *en sentido vertical* y *en sentido horizontal* se distingue así la competencia *jerárquica* de la competencia *territorial*.

La primera distinción que hay que hacer en el campo de la competencia externa es ésta. Si hasta ahora la competencia territorial ha sido puesta en el mismo plano que la competencia por razón de la materia, por razón del valor y por razón de la función, ello ha sido un error de perspectiva que

finalmente debe ser corregido: la competencia territorial es un género frente al cual no están ni la competencia por razón de la materia ni la competencia por razón del valor ni la competencia por razón de la función, sino el género que comprende a todas ellas y debe denominarse *competencia jerárquica.*

127. COMPETENCIA PRINCIPAL O SECUNDARIA.

La fijación del oficio competente, en sentido vertical (jerárquico) y horizontal (territorial), se hace en virtud de caracteres principales relativos a la función del oficio, a la naturaleza y a la sede de la litis o del negocio. Por el conjunto de estos caracteres se determina la *competencia principal.*

Puede ocurrir que al lado de esos caracteres haya otros que desplacen el resultado, esto es, la fijación del oficio y, por tanto, asignen la litis o el negocio a un oficio distinto de aquel al cual debería pertenecer según los caracteres principales. Hay así, frente a la competencia principal, una *competencia secundaria,* la cual se resuelve en un desplazamiento o modificación de la competencia principal en virtud de caracteres accesorios, funcionales o materiales.

128. COMPETENCIA (JERARQUICA) FUNCIONAL O MATERIAL.

La destinación del tipo de oficio para cada una de las litis o negocio puede hacerse en razón de la función que respecto de la litis o del negocio se trata de desempeñar, o en razón de la materia sobre la cual debe desplegarse la función. Según este criterio, la competencia jerárquica se distingue en competencia *funcional* y competencia *material.*

Esta distinción y, en particular, la noción de la competencia funcional, como, por lo demás, la otra de la competencia jerárquica, son desconocidas en la técnica del Código de procedimiento civil, porque su construcción científica es totalmente reciente; existen sin duda, como veremos, las normas que responden a tales conceptos, pero los conceptos no

han sido usados por el legislador, que ha continuado confundiendo entre competencia *material* y competencia *funcional*.

129. COMPETENCIA (MATERIAL) POR RAZON DE LA CUALIDAD O POR RAZON DEL VALOR.

La naturaleza de la litis o del negocio puede ser relevante, a los fines de la competencia, bajo dos aspectos, *cualitativo* o *cuantitativo*.

La cualidad de la litis o del negocio es lo que en sentido estricto se denomina la *materia:* modo de ser de la litis o del negocio desde el punto de vista de los *sujetos*, del *objeto* y de la *causa* (*supra*, ns. 6 y sigtes., 20 y sigtes.), es competencia por razón de la cualidad de la litis, o como también se dice, *por razón de la materia*, tanto la que se funda en la cualidad de uno de los sujetos (ejemplo, litis contra la administración pública), como la que se funda en la cualidad del bien discutido (ejemplo, litis relativa a un bien inmueble), como la que se funda en el derecho al cual se remite la pretensión (ejemplo, litis referente a un derecho real).

Bajo el aspecto cuantitativo se habla de *valor de la litis*, el cual lo da el valor del bien en función del interés por el cual es asumido en la pretensión; por eso, diversas litis relativas al mismo bien tienen un diverso valor según el interés que sobre él se hace valer; por ejemplo, el valor de una litis acerca de la propiedad de un cierto bien es mayor que el valor de la litis acerca del usufructo del mismo. El valor de la litis, naturalmente, se expresa en dinero.

130. DETERMINACION DE LA COMPETENCIA JERARQUICA.

La determinación del tipo de oficio competente respecto de una litis dada o de un asunto dado puede hacerse según criterios de competencia *funcional* o de competencia *material*.

La competencia funcional es siempre necesaria, pero puede no ser suficiente.

Hay casos en que basta el criterio funcional para encontrar el tipo de oficio competente (*infra*, n. 131). Si no basta, entra en acción la competencia material; así ocurre cuando

una misma función está encomendada a distintos oficios según la diversa cualidad de las litis; entonces, determinada cuál sea la función entre los varios oficios investidos de ella, hay que elegir según la cualidad o el valor de la litis o del negocio.

La primera investigación que hay que hacer para la determinación de la competencia jerárquica es, pues, la que atañe al tipo de proceso, cognitivo o ejecutivo, definitivo o cautelar, contencioso o voluntario.

131. COMPETENCIA FUNCIONAL EN EL PROCESO (CONTENCIOSO) DE COGNICION.

La competencia funcional en el proceso de cognición está determinada por la *naturaleza del proceso* o *del procedimiento* (*infra*, n. 279).

a) Competencia funcional por *naturaleza del proceso* se da en cuanto al reconocimiento (en juicio principal) de la sentencia extranjera (*supra*, n. 69) y en cuanto al reconocimiento de la sentencia eclesiástica (*supra*, n. 75), atribuida, según vimos, a la Corte de apelación.

b) La competencia funcional por razón de la *naturaleza del procedimiento* atañe al *procedimiento de impugnación* (*infra*, n. 519): *el juez de la impugnación se elige únicamente en razón del juez que pronunció la sentencia impugnada.* Puede ser *el mismo juez o un juez jerárquicamente superior (competencia por grado).*

Por tanto, es competente para la impugnación en revocación (*infra*, n. 613) o en oposición del tercero (*infra*, número 630) el mismo juez que pronunció la sentencia impugnada (arts. 398[1] y 405[1]). Asimismo, es competente para la impugnación del laudo arbitral (*infra*, n. 665) el juez inmediatamente superior al que, si la litis no hubiese sido deferida a los árbitros, hubiera debido pronunciar la sentencia impugnada (arts. 828[2], 831); sólo en cuanto al laudo de los consultores técnicos (*supra*, n. 65) la impugnación se propone ante la magistratura del trabajo (art. 458; *supra*, n. 115).

En cuanto a la impugnación en sede de apelación, se dis-

tingue según se trate de primera apelación (*infra*, n. 550), o de apelación ulterior (reenvío; *infra*, n. 609). En cuanto a la primera apelación, la competencia corresponde al juez inmediatamente superior, del cual depende el que pronunció la decisión impugnada (*supra*, n. 115); por eso, si ésta es del conciliador, pertenece al pretor en cuya circunscripción está comprendido aquel conciliador; si es del pretor, al tribunal en cuya circunscripción se comprende aquella pretura; si es del tribunal, a la Corte de apelación según el mismo criterio (art. 341); cuando se trata de litis individual en materia de trabajo (*infra*, n. 649) o de previsión o asistencia obligatoria (*infra*, n. 656), y hasta cuando, aun no siendo en primer grado, la litis haya sido tratada con procedimiento especial (*infra*, ns. 649 y sigtes.), el apelante sostiene que así debía haber sido tratada, es competente la magistratura del trabajo, aunque hubiese sido juez de primer grado el pretor (arts. 450 y 465[1]); en cuanto al reenvío, la competencia corresponde a un juez distinto del que pronunció la sentencia casada, pero del mismo grado, designado por la Corte de casación (art. 383[1]).

En cuanto a la impugnación en sede de casación, la competencia se atribuye a la Corte de casación (art. 365).

132. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL EN EL PROCESO (CONTENCIOSO) DE COGNICIÓN.

Para determinar la competencia material *es preciso definir la cualidad o el valor de la litis.*

Dicha cualidad o valor se valúan naturalmente *según la pretensión*; puesto que la pretensión se deduce en la demanda (*infra*, n. 301), se suele decir que *la competencia se determina según la demanda*; este principio se expresa en cuanto a la competencia por razón del valor en el art. 10[1].

Pero hay casos en que la cualidad o el valor de la litis no se puede determinar únicamente según la pretensión; tales casos atañen a la contrapretensión (*supra*, n. 12) y a la excepción (*supra*, n. 11). Si Ticio pide en juicio contra Cayo la declaración de certeza de su usufructo sobre un fundo po-

seído por él y Cayo se limita a una defensa (*supra*, n. 11), el valor de la causa se establece sólo sobre la pretensión; pero cuando Cayo pretenda a su vez la plena propiedad sobre el mismo fundo y proponga en juicio esta contrapretensión, se entiende que el valor de la litis crece en virtud de la contrapretensión. Si Ticio pide contra Cayo la condena al pago de una deuda y Cayo, en vez de limitar la contestación a una defensa, excepciona la extinción de una deuda en virtud de compensación con un crédito suyo, siempre que el valor de éste sea superior al del crédito del actor, es claro, asimismo, que la excepción reacciona sobre la determinación del valor; a este propósito recuerde el lector que ya la excepción, en comparación con la defensa, amplía el campo de la contienda. Por tanto, la cualidad o el valor de la litis se determinan, *no sólo según la pretensión, sino también según la excepción o la contrapretensión*. Esta regla es reconocida por los arts. 35 y 36, en los cuales se dispone que, si en virtud del crédito opuesto en compensación del demandado o en virtud de la contrapretensión hecha valer mediante una demanda reconvencional (*infra*, n. 156), la litis sale de los límites de la competencia jerárquica del juez al que se ha acudido, debe ser deferida al juez provisto de la competencia mayor, salvo la potestad del juez al que se ha acudido de pronunciar con reserva (sobre la cuestión deducida con la excepción o la contrapretensión).

133. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUALIDAD (POR RAZON DE LA MATERIA) EN EL PROCESO (CONTENCIOSO) DE COGNICION.

Hay litis cuya composición mediante el proceso jurisdiccional queda, por su misma naturaleza, asignada a un tipo de oficio y no a otro. Bajo este aspecto, deben recordarse:

a) el art. 7[1], el cual determina la competencia del conciliador, no sólo en razón del valor (*infra*, n. 134), sino también de la cualidad de la litis, por cuanto se le atribuyen las causas relativas a *bienes muebles* (de un cierto valor), y por otra parte, el art. 7[2], en el cual la competencia del conciliador se extiende a las causas inmobiliarias siempre que conciernan

a *la relación de locación* (dentro de ciertos límites de valor);

b) el art. 8², ns. 2, 3 y 4, según el cual, cualquiera que sea su valor, se asignan a la pretura las "causas (*rectius*, litis), relativas a amojonamiento y a observancia de las distancias establecidas por la ley, por los reglamentos o por los usos, respecto de la plantación de árboles y de los setos vivos", las "causas de desalojo (*rectius*, concernientes a la devolución del inmueble) por terminación de aparcería... y... las mismas causas por terminación de arrendamiento"; pero éstas se deciden, en razón de su naturaleza, por el pretor, aunque superen el límite de valor establecido por el art. 8¹, no, en cambio, si permanecen en los límites establecidos por el art. 7¹ para la competencia del conciliador; finalmente, "las causas relativas a la mensura y a las modalidades de uso de los servicios del condominio de casas";

c) el art. 29¹ de la ley del 23 de mayo de 1950, n. 253, que atribuye al pretor la competencia sobre las controversias concernientes a la medida de los cánones de locación de los inmuebles urbanos, los derechos de indemnización del arrendador, la medida de los cánones de sublocación y todo otro resarcimiento;

d) el art. 9², que asigna al tribunal, independientemente del valor, todas las litis "en materia de impuestos y tasas,... estado y... capacidad de las personas,... derechos honoríficos,... falsedad (documental) y en general,... de valor indeterminable". Ordenadas lógicamente estas hipótesis se reducen a dos categorías: *litis cuyo objeto no es estimable en dinero* (las litis acerca del estado y la capacidad de las personas, acerca de los derechos honoríficos, acerca de la falsedad documental, constituyen los ejemplos más conocidos) y *litis tributaria* (tales son las litis en las cuales se discute acerca de la *pretensión tributaria*, esto es, en que una persona hace valer contra otra el derecho al tributo). En coherencia con esta norma, el art. 706 reconoce la competencia al tribunal en orden a las litis concernientes a la separación personal de los cónyuges;

e) el art. 461¹, que constituye la competencia del tribu-

nal en orden a las litis en materia de previsión o de asistencia obligatoria (art. 459; *infra*, n. 656);

f) el art. 409[1], según el cual la magistratura del trabajo (*supra*, n. 115) es competente en orden a las litis *colectivas* (*supra*, n. 16);

g) el art. 27[2], que atribuye al juez "ante el cual se sigue la ejecución", la competencia en cuanto a las litis en sede de oposición a los actos ejecutivos (*infra*, n. 820).

El Código de procedimiento civil no contiene otras normas concernientes a la competencia *por razón de la materia* que las relativas a la distribución de las litis y de los asuntos entre los jueces ordinarios (*supra*, n. 115); para completar la información conviene, sin embargo, indicar aquí que entra en la competencia por razón de la materia también la competencia de los *jueces especiales:* por ejemplo, no es otra cosa que la cualidad de la litis lo que determina la competencia del tribunal de las aguas públicas o de la junta provincial administrativa. Es verdad que, como los oficios judiciales especiales no están comprendidos en la jerarquía, aquí, más que competencia jerárquica *(según el grado)*, conviene hablar de competencia *por razón del tipo* del oficio (*supra*, n. 126). Hay que hacer notar también que, a este propósito, el código habla de *conflicto de jurisdicción* entre los jueces especiales o entre éstos y los jueces ordinarios, cuando propiamente se trata de *competencia* (art. 362[2], n. 1; *infra*, n. 424).

134. COMPETENCIA POR RAZON DEL VALOR EN EL PROCESO (CONTENCIOSO) DE COGNICION.

La competencia por razón del valor de la litis es propia del proceso contencioso de cognición; en cuanto al proceso ejecutivo o voluntario se sustituye como criterio de distribución de las litis al valor la materia (*supra*, n. 132; *infra*, ns. 135 y 138). Según el valor se distribuye la masa de las litis entre varios oficios en razón de la jerarquía (*supra*, n. 115) y, por tanto, en sentido vertical. Mientras el valor no supere de diez mil liras, es competente el conciliador, a menos que se trate de litis de trabajo (art. 7[1], modificado por la

ley del 12 de mayo de 1949, n. 273; art. 434[1]; *infra*, n. 649); si el valor está entre un mínimo de diez mil liras y un máximo de cincuenta mil, o se trata de litis relativas a bienes inmuebles o de cien mil liras, en los demás casos es competente el pretor (art. 8[1], modificado por la ley cit.), el cual para las litis de trabajo (*infra*, n. 649) es competente aun cuando el valor sea inferior a diez mil liras (art. 434[1]); cuando supera este límite, es competente el tribunal (art. 9[1]).

El valor de la litis lo da *el valor del bien discutido* (*supra*, n. 7) *en función del interés que constituye el contenido de la pretensión* (*supra*, n. 8); puesto que la pretensión se hace valer por medio de la demanda (*infra*, n. 301), la ley dice que "se determina por la demanda" (art. 10[1]).

Por bien discutido a los fines de la determinación del valor se entiende *la suma de todos los bienes que constituyen objeto de la pretensión*; por eso, si los capítulos de la demanda son varios, caso de que se refieran a bienes diversos, se suman entre sí (art. 10[2]), aunque la pretensión se funde en títulos; en particular, si se exigen juntamente con el capital intereses y gastos, también de éstos se hace la suma *(ibi)*; por eso, si la pretensión atañe a prestaciones periódicas y se litiga, no acerca de una prestación singular, sino acerca del título, esto es, acerca del derecho a exigir cada una de las prestaciones, el valor de la litis se obtiene multiplicando la suma correspondiente al valor de cada prestación por un coeficiente determinado (art. 13[1, 2]); por eso, finalmente, el valor de las causas de oposición a la ejecución forzada (*infra*, ns. 810 y sigtes.) se determina según las diversas hipótesis, en orden al valor del objeto de la pretensión del oponente (art. 17). Una norma de cuya correspondencia con el principio aquí expuesto cabe dudar, se lee, en cuanto a la competencia respecto de las demandas de los acreedores o legatarios de la herencia a beneficio de inventario que disientan del proyecto de distribución (cfr. art. 501, Cód. civ.), en el art. 778[2].

El objeto de la pretensión no tanto se determina según la demanda propuesta por el actor al inicio del proceso, cuanto según la demanda definitivamente propuesta por él en or-

den a las defensas y a las excepciones del demandado: por ejemplo, si requerido por el actor el pago de una cuota de la deuda, el demandado discute la deuda entera, es la deuda en su totalidad lo que constituye el objeto valorable a los fines de la competencia. Se controvierte si en el caso de demandas acumuladas por varios actores contra el demandado o de un actor contra varios demandados en un solo proceso (*infra*, n. 261), los objetos de las pretensiones singulares deben ser acumulados o no a los fines de la competencia; parece, sin embargo, difícil que el art. 10 se preste a una interpretación restrictiva.

El valor de la litis, según lo hemos indicado, lo da la combinación del bien con el interés que constituye el contenido de la pretensión; así pues, por ejemplo, aunque se trate del mismo bien, es distinto el valor de la litis según se dispute acerca de su venta o de su locación, de su propiedad o de su usufructo. Este principio es reconocido por la ley según las dos hipótesis del derecho real y del derecho de crédito. En cuanto a la primera, el criterio de la estimación es diferente según que se litigue, de un bien inmueble, la propiedad o un *ius in re aliena* (arts. 13^{3} y $15^{1,2}$). En cuanto a los derechos de crédito el valor de la litis lo determina el precio atribuido en el negocio constitutivo al bien que es su objeto; precisamente es distinto el precio del mismo bien inmueble según se trate de una venta o de una locación; este principio se infiere por analogía del segundo apartado del art. 12, referente en particular a las locaciones, más bien que del primer apartado, cuya fórmula no hace más que reproducir inútilmente la norma contenida en el art. 10^{1}. Las dificultades que bajo este aspecto se pueden presentar para la determinación del valor, se resuelven como ahora diremos.

Si el objeto de la demanda no es una suma de dinero, la determinación del valor de la litis se complica con la estimación del bien; a fin de facilitar la estimación se establece que ésta, cuando se trate de bienes inmuebles, se hace, a los fines de la competencia, multiplicando la contribución directa al Estado por un determinado coeficiente, distinto según se dispute sobre la propiedad o sobre un derecho real menor (art.

15[1]); "si el inmueble no está sometido a contribución, el juez determina el valor... según lo que resulte de los autos; y si éstos no ofrecen elementos para la estimación, considera la causa de valor indeterminable" (art. 15[3]).

Si en la demanda no se indica el valor, lo cual puede ocurrir o porque, aun demandándose una suma de dinero, no esté ella determinada, o porque se demande algo distinto del dinero y la ley no establezca el modo de determinarlo, se presume que el valor coincide con el límite máximo de la competencia por razón del valor del juez al que se ha acudido, esto es, que el actor atribuye a la cosa demandada ese valor máximo (art. 14[1]).

El valor declarado por el actor, o presunto, puede ser discutido por el demandado "sólo en la primera defensa" (*infra*, ns. 388 y 491; art. 14[2]); en tal caso "el juez decide... sobre la base de lo que resulta de los autos y sin instrucción especial"; el incidente no puede tener otro objeto que el de hacer estimar por el juez el bien discutido, distinto del dinero; si se reclama, en cambio, una suma de dinero, ninguna discusión acerca del valor podría hacerse; la resolución del incidente no tiene, asimismo, otro efecto que el de establecer la competencia; si consiguientemente a su solución, el juez se declara incompetente y la sentencia es aceptada por las partes, el nuevo juez al que se ha acudido queda vinculado por ello según el art. 44 (*infra*, n. 426). Si no hay oposición del demandado, el valor "queda fijado, también a los efectos del fondo del asunto, dentro de los límites de la competencia del juez al que se ha acudido" (art. 14[3]); en tal caso, por consiguiente, el juez no podría asignar al actor una suma de dinero que trascendiera del límite máximo de su competencia.

135. COMPETENCIA JERARQUICA EN EL PROCESO EJECUTIVO.

Dos solos tipos de oficio judicial operan en el proceso ejecutivo: el pretor y el tribunal.

Entre estos dos oficios los cometidos están de tal modo distribuidos, que el pretor provee al libramiento (*supra*, número 38), a la expropiación mobiliaria (*ibi*) y al proceso

ejecutivo para transformación (*supra*, n. 39); el tribunal lo hace a la expropiación inmobiliaria (art. 16).

Puesto que en razón de la distinta naturaleza de la litis cambia también la estructura del proceso, ésta es una competencia en la cual se confunden los caracteres de la competencia funcional y material.

115. COMPETENCIA JERARQUICA EN EL PROCESO DE INYUNCION.

La competencia jerárquica se regula especialmente, tanto en el *proceso de inyunción propiamente dicho* (*supra*, número 41; *infra*, ns. 858 y sigtes.), como en el proceso de desalojo (*supra, ibi; infra*, ns. 868 y sigtes.).

a) Resulta del art. 637[1], en cuanto al primero, que no sólo por razón del territorio, sino también por razón de la materia y por razón del valor, la competencia es la misma cuando se requiere la inyunción, que sería si la demanda "se propusiese en vía ordinaria", razón por la cual la competencia jerárquica (externa) en el proceso de inyunción es idéntica a la competencia jerárquica en el proceso de cognición.

Pero el art. 637[2] establece una excepción a este principio en orden a las demandas previstas por el art. 633[1], n. 2, por cuanto admite la competencia también "del oficio judicial que ha decidido la causa a la cual se refiere el crédito (hecho valer con la demanda de inyunción)"; según aparece también por el cotejo con el apartado siguiente (*infra*, n. 142), esta derogación no se limita a la competencia territorial, sino que establece una verdadera competencia por razón de la materia, de manera que, por ejemplo, el tribunal sería competente para pronunciar inyunción por un crédito inferior a cien mil liras si, perteneciendo a la categoría descrita en el art. 633[1], n. 2, dicho crédito se refiere a un proceso desarrollado ante el mismo tribunal; y hasta la inyunción podría ser pronunciada por la Corte de apelación.

b) Según el art. 661, "cuando se intima el despido o el desalojo (*rectius*, la licencia para el desalojo), la citación (*infra*, n. 869) debe hacerse, observadas las reglas de la competencia por razón del valor, inderogablemente, ante el con-

ciliador o el pretor del lugar en que se encuentra la cosa arrendada (*rectius*, la cosa de la cual debe hacerse el desalojo; *infra*, n. 868)". La competencia del juez único está limitada al verdadero y propio proceso de desalojo, mientras que si a consecuencia de la discusión del demandado sustituye al proceso de desalojo el ordinario proceso cognitivo, recuperan vigor las reglas de competencia relativas a este último.

137. COMPETENCIA JERARQUICA EN EL PROCESO CAUTELAR.

En cuanto al proceso cautelar la competencia jerárquica no está regulada por normas generales; este silencio de la ley se debe a que la elaboración científica del proceso cautelar ha progresado mucho menos que la del proceso definitivo y en particular la del proceso jurisdiccional; por ello, el instituto de la competencia debe estudiarse casi exclusivamente con referencia a este último. Sin embargo, aunque no estén orgánicamente agrupadas, algunas normas acerca de la competencia general existen también en este campo.

Del examen de ellas resulta una complicación en el plano de la competencia, que no tiene ningún verdadero fundamento técnico; en línea general, alguna que otra vez la competencia jerárquica respecto del proceso cautelar se equipara a la del proceso definitivo; otras veces se diferencia de él.

a) Se equipara *en todo caso* a la competencia para el proceso definitivo en cuanto al *secuestro judicial* o *conservativo* (*infra*, ns. 876 y sigtes.), *principal* (art. 672[1]) o *incidental* (art. 673[1]), salvo la incompetencia del conciliador (artículos 672[2], 673[4]), y a menos que la competencia para el proceso definitivo corresponda a un juez distinto del juez civil ordinario, en cuyo caso es competente para el secuestro el pretor o el tribunal según la materia, el valor y el territorio (arts. 672[2] y 673[5]); también equiparada a la competencia para el proceso definitivo es la competencia en cuanto a la *inspección preventiva de las pruebas* (art. 693[1]); es de notar, en el art. 672, la omisión de la referencia a la competencia del pretor o del tribunal por razón de la materia, y de ahí que la norma deberá ser entendida por el intérprete como

si estuviese formulada en los términos siguientes: "la instancia de secuestro se propone... al pretor o al... tribunal a quien está atribuida la competencia por razón de la materia, del valor y del territorio en cuanto al proceso definitivo, o al pretor o al... tribunal que sería competente por razón de la materia o por razón del valor en cuanto al proceso definitivo en cuya circunscripción debe ejecutarse el secuestro";

b) se equipara a la competencia en orden al proceso definitivo *(en cuanto este último esté pendiente)*, en orden al proceso relativo a las *medidas cautelares innominadas* (art. 701; llamada "providencia de urgencia"; *infra*, ns. 897 y siguientes) y en orden al *proceso cuasi posesorio* (art. 688²; *supra*, n. 47; *infra*, ns. 904 y sigtes.);

c) se atribuye *exclusivamente* al pretor la competencia en orden al *proceso posesorio* (art. 703; *supra*, n. 47; *infra*, ns. 907 y sigtes.);

d) se la atribuye *exclusivamente* al pretor *siempre que no esté pendiente el proceso definitivo*, en orden al *proceso cuasi posesorio* (art. 688; *supra*, n. 47; *infra*, ns. 904 y siguientes);

e) se la atribuye al pretor *en concurrencia con el juez competente para el proceso definitivo, si éste se halla pendiente*, en orden a las *medidas cautelares innominadas* (las llamadas "providencias de urgencia"; art. 701);

f) se la atribuye al pretor *en concurrencia con el juez competente para el proceso definitivo*, "en caso de excepcional urgencia", en cuanto a la *inspección preventiva de las pruebas* (art. 693²; *infra*, ns. 891 y sigtes.).

138. COMPETENCIA JERARQUICA EN EL PROCESO VOLUNTARIO.

Apenas hay necesidad de agregar que aunque el instituto de la competencia no haya sido todavía construido científicamente en su totalidad con referencia a todo tipo de proceso, es ésta ciertamente la vía sobre la cual debe encaminarse la ciencia; por tanto, de competencia, y no de jerarquía, se debe hablar también respecto del proceso voluntario. Por lo demás, la escasa consideración científica de este tema ha hecho que

en la parte general del código no se haya tratado siquiera la competencia respecto del proceso voluntario.

A fin de ordenar las normas y los principios correspondientes, hay que hacer notar que a la profunda diferencia funcional entre el proceso voluntario y el proceso contencioso no siempre responde una diferencia de estructura; supuesto que el carácter estructural elemental del proceso contencioso es el contradictorio, especialmente en la cognición, hay procesos voluntarios que se desarrollan, sin embargo, en contradictorio y, por tanto, se asemejan al proceso contencioso; tal es, típicamente, el proceso de interdicción y de inhabilitación (*supra*, n. 23).

Por tanto, cuando el proceso voluntario *se desarrolla en contradictorio*, la ley no lo distingue del proceso contencioso; por eso la competencia jerárquica se determina respecto de aquél lo mismo que respecto de éste. Así, por ejemplo, la competencia para el proceso de interdicción y de inhabilitación, indudablemente voluntario (*supra*, n. 23), pertenece al tribunal (art. 712), en aplicación de la norma correspondiente a la competencia por razón de la materia contenida en el art. 9º.

En cambio, cuando el proceso voluntario se desenvuelve sin contradictorio (en cámara de consejo), la determinación de la competencia jerárquica hay que buscarla en las normas singulares que en cada caso prescriben la intervención del juez en determinadas materias; por ejemplo, en cuanto a las autorizaciones prescritas en orden a la administración de los bienes de los menores, en patria potestad o en tutela, la competencia corresponde a la pretura a la cual pertenece el *juez tutelar* (art. 344, Cód. civ.); en cambio, el nombramiento del curador del desaparecido pertenece al tribunal (art. 48, Cód. civ.), el cual provee igualmente a homologar la separación por acuerdo de los cónyuges (art. 158, Cód. civ.), pero es a la Corte de apelación a la que pertenece la competencia en materia de legitimación de hijos naturales (288 *ibi*) o de adopción (arts. 311 y sigtes., *ibi*).

122 DETERMINACION DE COMPETENCIA TERRITORIAL.

Según dijimos, a diferencia de la competencia jerárquica, la competencia territorial sirve para fijar el oficio ante el cual debe ser tratada la litis o el negocio, no desde el punto de vista del *grado*, sino desde el de la *sede*, esto es, *para la elección entre los varios oficios del mismo tipo o grado.*

El presupuesto de la competencia territorial es, por tanto, la existencia de varios oficios del mismo grado o tipo; si en cada grado o tipo el oficio es uno solo, basta para la fijación del oficio competente la competencia jerárquica. Hay un solo tipo de oficio (ordinario; *supra,* n. 115) único; éste es la Corte de casación; por eso, cuando la indagación acerca de la competencia jerárquica indique en la Corte de casación el oficio competente, no hay ya lugar a indagación alguna referente a la competencia territorial.

Cuando existen varios oficios del mismo grado o tipo, la distinción entre ellos se hace precisamente en razón del territorio, en el sentido de que a cada uno de ellos le está asignada una porción del territorio dentro de la cual se halla su sede; dicha porción de territorio se denomina *circunscripción del oficio judicial o circunscripción judicial* (*supra,* n. 115). Habida cuenta de la *jerarquía judicial* (*supra, ibi*), a medida que se sube en la jerarquía, crece la amplitud de la circunscripción; por eso, la circunscripción de una pretura contiene en sí unas cuantas circunscripciones de conciliador; la circunscripción de un tribunal, varias circunscripciones de pretura; la circunscripción de una Corte de apelación, distintas circunscripciones de tribunal.

Una modificación de la circunscripción judicial ordinaria está establecida en orden a las litis en las cuales sea parte la administración del Estado, en el sentido de que la circunscripción judicial del tribunal o de la Corte de apelación en que tiene su sede un oficio de abogaduría del Estado, se extiende por todo el territorio sujeto a dicho oficio; por tanto, si según las reglas ordinarias la sede de la litis se encuentra en la circunscripción del tribunal de Pavía, puesto que allí no existe un oficio de la abogaduría, el cual tiene su sede en

Milán y comprende en su circunscripción también el territorio de Pavía, para las antedichas litis no vale la circunscripción del tribunal de Pavía, mientras que la circunscripción del tribunal de Milán comprende en sí también el territorio paviano y el territorio sujeto a todos los demás tribunales respecto de los cuales la defensa del Estado está encomendada a la abogaduría de Milán. Esta regla, que instituye el llamado *fuero del Estado* o *fuero del erario*, dirigida a facilitar la defensa del Estado concentrando los procesos de ella en el lugar donde la abogaduría tiene su sede, fue estatuida por el art. 6 del T.U. del 30 de octubre de 1933, n. 1611, y ha sido apropiada también por el código (art. 25); según el art. 7 del T.U. cit., la norma no se aplica en el proceso ejecutivo, ni en cuanto al proceso de cognición, en el caso en que la administración del Estado presente carácter de interventor voluntario.

La competencia territorial de un oficio se debe al hecho de que dentro de su circunscripción se encuentre la *sede de la litis* o *del negocio*. Sede de la litis se dice para indicar su posición con respecto al territorio. Esta posición puede ser determinada por cada uno de sus elementos: *subjetivo, objetivo* o *causal*. *Fuero de la litis* suele llamarse al lugar en que se encuentra su sede, y por tanto el oficio competente respecto de ella. Según que tal lugar esté determinado por uno de los elementos mencionados, se habla de fuero *personal, real* o *causal*: fuero *personal* es el lugar donde se encuentra la una o la otra de las partes (*forum personae*); *fuero real*, el lugar donde se encuentra el bien discutido (*forum rei sitae*); *fuero causal*, el lugar al cual, independientemente de la posición de la persona o del bien discutido, se refiere la pretensión en cuanto se sitúe allí el hecho que constituye su fundamento (*forum obligationis*) o el hecho que constituiría su cumplimiento (*forum executionis*); y al lado de estos tres tipos existe el *fuero instrumental* como lugar en que se hallan los instrumentos (*pruebas o bienes*) necesarios para la composición de la litis.

140. COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO DE COGNICION.

La competencia territorial en cuanto al proceso de cognición se disciplina mediante una regla y algunas excepciones a ella.

a) La regla es la del *fuero personal* (*supra,* n. 139). Habiendo que elegir, respecto del proceso contencioso, entre el fuero de la una o de la otra de las partes, se prefiere el *fuero del demandado* (art. 18[1]). Sólo cuando no se conozca el fuero del demandado o esté fuera del territorio de la República (art. 18[2]), y en algún otro caso (cfr. art. 480[3]; *infra,* n. 147), la competencia se determina por el *fuero del actor.*

El fuero de la persona física (*simple*; *supra,* n. 106), *se constituye indiferentemente por su residencia o su domicilio; sólo cuando la residencia o el domicilio no sean conocidos, se constituye por la morada* (art. 18[1]). Para la determinación del domicilio de la residencia y de la morada sirven las reglas del Código civil (art. 43). Puesto que residencia y domicilio pueden estar en lugares distintos, el fuero de la persona física puede ser *múltiple*; por eso puede haber competencia territorial concurrente de varios oficios; puesto que en tal caso los diversos fueros son equivalentes, la elección de ellos corresponde a la parte actora.

El fuero de la persona jurídica (*compleja*; *supra,* n. 106) *está constituido por su sede* (art. 19[1]), *determinada según el art. 46 del Código civil.* Habida cuenta de la regla del apartado del art. 46 acerca de la diferencia entre *sede legal* y *sede real,* también respecto de las personas jurídicas puede haber una pluralidad de fueros y, por tanto, de oficios territorialmente competentes. En cuanto a las asociaciones no reconocidas y a los comités, la sede está en el lugar donde desarrolla actividad continuativa (art. 19[2]). Cuando esa sede no sea conocida o se halle fuera del territorio de la República, se aplica el art. 18[2].

b) Las excepciones al fuero personal se establecen en el sentido de que con él *concurre* o a él *se sustituye* un fuero distinto. En el primer caso, por tanto, hay todavía una con-

currencia de competencias territoriales, entre las cuales, por la razón indicada *sub a*, la elección corresponde al actor.

Tales excepciones están establecidas en orden a ciertas cualidades de la litis o del proceso; aquí, por tanto, también la competencia territorial se funda, no sólo sobre la sede, sino también sobre la materia (cualidad de la litis) o sobre la función.

α) Un fuero concurrente con el fuero personal se da en orden a las *litis en las cuales se haga valer un derecho de obligación*, cualquiera que sea su fuente, contractual o extracontractual; para ellas, además del juez del fuero personal, es competente aquel en cuya circunscripción sitúa la pretensión el hecho del cual surge la obligación (*fuero de la obligación*), o el lugar en que dicha obligación debe tener su cumplimiento (*fuero de la ejecución*; art. 20; cfr. art. 1182, Cód. civ.). Otros fueros concurrentes hay establecidos en algún que otro caso particular (cfr. art. 590, Código de la navegación).

β) Un fuero distinto del fuero personal se sustituye a éste en los casos siguientes.

aa) Para las *litis en las cuales la pretensión se dirige contra la administración del Estado*, la competencia se determina por el fuero real o por el fuero de la obligación o de la ejecución (art. 25), salvo siempre, en cuanto a la determinación de la circunscripción, las reglas del fuero del Estado (*supra*, n. 139).

bb) Para las litis relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles o para las previstas por los ns. 2 y 3 del art. 8, es competente el juez en cuya circunscripción se encuentra el inmueble discutido; "cuando el inmueble esté comprendido en varias circunscripciones judiciales, es competente el juez de la circunscripción en que esté comprendida la parte sujeta a mayor contribución correspondiente al Estado; cuando no está sujeto a contribución, es competente cualquier juez en cuya circunscripción se encuentre una parte (cualquiera) del inmueble" (art. 21[1]); si la litis se refiere a un conjunto de inmuebles de los cuales sólo algunos están suje-

tos a contribución, la sede de los otros no tiene relevancia alguna en orden a la determinación de la competencia.

cc) Para las *litis relativas a petición o división de herencia,* o en general a la *comunidad hereditaria,* o a la *rescisión de la división,* o a la *garantía de las cuotas,* o a *legados* o *créditos hereditarios,* o a la *ejecución testamentaria,* es competente el juez en cuya circunscripción se haya abierto la sucesión. Pero esta regla vale para las litis concernientes a rescisión de la división, garantía de las cuotas, legados, créditos hereditarios, ejecución testamentaria, sólo en cuanto la demanda se proponga dentro del bienio a partir del día de la apertura de la sucesión; además, si se trata de créditos hereditarios o de legados, con tal de que dicha demanda se proponga antes de la división. Si la sucesión se ha abierto fuera del territorio del Estado, la competencia corresponde al juez en cuya circunscripción se encuentra la mayor parte de los bienes sitos en Italia; si el lugar de Italia en que se encuentra la mayor parte de los bienes no es conocido, la competencia vuelve a ser determinada por el fuero personal (art. 22).

dd) En cuanto a las *litis entre socios* es competente el juez en cuya circunscripción tiene su sede la sociedad; en cuanto a las litis *entre condóminos* el juez en cuya circunscripción se hallan los bienes comunes o la mayor parte de ellos (art. 23[1]). Litis entre socios o entre condóminos son aquellas cuya pretensión se funda sobre la sociedad o sobre la comunidad. Puesto que una litis entre condóminos puede no tener por objeto los bienes comunes, también el fuero previsto para estas litis debe considerarse más bien *causal* que *real.* Este título de competencia persiste también de la disolución de la sociedad o del condominio "siempre que la demanda se proponga dentro de un bienio a contar de la división" (art. 23[2]).

ee) En cuanto a las litis concernientes a la gestión de una tutela o de una administración patrimonial conferida por ley o por providencia de la autoridad (administrativa o judicial) es competente el juez en cuya circunscripción se haya ejercido la tutela o la administración (art. 24); cuando el

ejercicio se haya desplegado en varias circunscripciones, prevalece el juez de la circunscripción en que se haya realizado la mayor parte de los actos constitutivos de dicho ejercicio (arg. *ex* arts. 21[1], 22[2], 23[1]); si el lugar donde la mayor parte se ha desplegado no puede ser determinado o se encuentra fuera del territorio de la República es competente el juez del fuero personal (arg. *ex* art. 22[2]).

ff) En cuanto a las *litis individuales del trabajo* es competente el juez "en cuya circunscripción se encuentra la hacienda o una dependencia cualquiera de ella a la cual esté adscrito el trabajador o en la cual prestara él su obra en el momento de finalizar la relación" (art. 434[2]); si después de ese momento el ejercicio de la hacienda ha cesado o ha sido trasladado de allí, es todavía competente el juez en cuya circunscripción se encontraba la hacienda en dicho momento, con tal de que no se haya propuesto la demanda después de tres meses a partir de la cesación o del traslado (*ibi*), caso en el cual se entiende que entran de nuevo en vigor las normas ordinarias; a pesar de la pésima factura del período se entiende, sin embargo, que, en el caso de que la hacienda tenga varias sedes, la competencia se determina por aquella en la cual estaba o se prestó el trabajo, mientras que la frase "dependencia cualquiera" quiere significar que es irrelevante que la sede sea principal o secundaria. Supuesta la distinción entre la hacienda y empresario, es claro que no se trata de *forum rei*, y puesto que la hacienda no es objeto de la demanda, tampoco se trata de *forum rei sitae*, sino de *forum actus* (fuero instrumental), valiendo la sede de la hacienda para denotar el lugar en que se desplegaba la relación.

gg) En cuanto a las *litis en materia de previsión y de asistencia obligatoria* resultan del art. 461 criterios de competencia territorial que varían según los casos, y se indican como sigue: "en cuanto a las controversias relativas al derecho, a las prestaciones de previsión y asistencia de los trabajadores o sus causahabientes, en materia de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, es competente el tribunal del lugar donde ha ocurrido el accidente o se ha manifestado la enfermedad profesional, y en cuanto a las

otras controversias el tribunal del lugar en que tiene su sede el órgano local de la entidad a la que se ha hecho la petición de la prestación. Si la controversia se refiere a los adscritos a la navegación marítima o a la pesca marítima, es competente el tribunal del lugar en que tiene su sede la oficina del puerto de inscripción de la nave. En cuanto a las controversias relativas a los deberes de los empleadores y a la aplicación de las sanciones civiles por el incumplimiento de tales deberes, en materia de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, es competente el tribunal en cuya circunscripción tiene su sede la oficina de la entidad a la cual debe hacerse la denuncia de los trabajos a los fines del seguro, y en cuanto a las otras controversias es competente el tribunal del lugar donde se ha desarrollado la relación de trabajo"; cada uno de estos criterios pertenece o al tipo del *fuero causal* o al del *fuero instrumental,* entre los cuales no encontrará dificultad para clasificarlo el alumno.

hh) En cuanto a las litis en sede de *oposición a la ejecución forzada* (*infra,* n. 813) es competente el juez en cuya circunscripción se desarrolla el proceso ejecutivo (art. 26[1]).

ii) En cuanto a las *litis colectivas* es competente el juez "en cuya circunscripción tiene vigor el contrato colectivo, la norma corporativa o el acuerdo que se trata de aplicar o en el que se desarrollan las relaciones de trabajo que se trata de regular" (art. 410[1]), y cuando el reglamento que hay que aplicar o formar se extienda a más de una circunscripción, el juez de Roma.

ll) En cuanto a los *procesos de reconocimiento de sentencias extranjeras* es competente el juez en cuya circunscripción deben realizarse actos en ejecución de la misma sentencia (art. 796); tales son actos de un oficio público encaminados a la actuación del mandato que en ella se contiene; si tal lugar no puede establecerse, entra de nuevo en vigor la regla del fuero personal (art. 18).

mm) En cuanto a los *procesos de impugnación del laudo arbitral* (*infra,* n. 665), es competente el juez en cuya circunscripción ha sido depositado el laudo (arts. 828[1] y 831).

141. COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO DE EJECUCION.

En cuanto al proceso ejecutivo, la competencia territorial se determina por el *fuero real instrumental* o *causal,* según se trate de libramiento, expropiación o transformación forzada (*supra,* ns. 38 y sigtes.).

a) Para el *proceso de libramiento* es competente el oficio del lugar "en que las cosas se encuentran" (art. 26[1]); puesto que éstas son verdaderamente el objeto de la litis, se trata aquí de fuero real.

b) Para el *proceso de expropiación* es también competente el oficio del lugar "en que las cosas se encuentran" (art. 26[1]); pero aquí la fórmula debe entenderse en el sentido de que indica, no el objeto de la pretensión (suma de dinero; *supra,* n. 38), sino los bienes, muebles o inmuebles, mediante los cuales se satisface la pretensión; ahora bien, no siendo éstos objeto de la litis, sino instrumentos del proceso (*infra,* n. 186), el fuero es instrumental; en cuanto a la expropiación de los créditos, el fuero instrumental se determina por la sede del tercero deudor (art. 26[2]); la fórmula "donde reside el tercero deudor" no debe entenderse con referencia específica a la *residencia,* sino con referencia genérica a la *sede,* que comprende también el *domicilio* (*supra,* n. 140).

c) Para el *proceso de transformación* es competente el oficio del lugar en que "la obligación debe cumplirse" (*forum obligationis*) (art. 26[3]).

142. COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO DE INYUNCION.

a) Según el art. 637[1], en cuanto a la *inyunción* (*stricto sensu*) es competente el mismo oficio judicial que tendría competencia territorial si se hubiese propuesto la demanda "en vía ordinaria". A este principio el segundo y el tercer apartado del mismo artículo establecen algunas excepciones:

α) respecto del crédito por "honorarios por prestaciones judiciales o extrajudiciales o reembolso de gastos hechos por abogados, procuradores, secretarios, oficiales judiciales o por

cualquier otro que haya prestado su obra con ocasión de un proceso" (art. 633[1], n. 2), es competente "el oficio judicial que ha decidido la causa a la cual se refiere el crédito" (art. 637[2]);

β) respecto del crédito mismo, en cuanto haya sido hecho valer por abogados o procuradores, es competente también el oficio judicial "donde tiene su sede la asociación profesional en que están inscritos" (art. 637[3]);

γ) respecto del crédito mismo, en cuanto haya sido hecho valer por notarios, es competente también el oficio judicial en cuya circunscripción está el oficio del notario o la sede de la asociación profesional a que pertenece (art. 673[3]).

Es oportuno agregar, puesto que a ello se hace alusión también en el art. 637[3], que las excepciones mencionadas sub β y γ no prejuzgan la competencia por razón del valor, de manera que el oficio judicial allí indicado es el oficio que tiene competencia jerárquica respecto de la litis deducida en la demanda de inyunción, mientras que el art. 637[2] establece un caso de competencia por razón de la función (*supra,* n. 128).

b) En cuanto al *desalojo* (*supra,* n. 41; *infra,* ns. 868 y sigtes.) es competente el juez (único; *supra,* n. 119) del lugar donde se encuentra el inmueble respecto del cual debe ocurrir el desalojo.

143. COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO CAUTELAR.

Como acerca de la competencia jerárquica, así también acerca de la competencia territorial en el proceso cautelar la parte general del código no dice nada.

También la competencia territorial en cuanto al proceso cautelar, al igual que la competencia jerárquica, *unas veces es conjunta y otras veces separada de la competencia territorial en cuanto al proceso definitivo.*

Es competente para proveer en sede cautelar el juez territorialmente competente para el proceso definitivo *cuando también la competencia jerárquica sea la misma para los dos procesos* (*supra,* n. 137); en otras palabras, cuando la

demanda cautelar debe proponérsela al mismo juez que habría de proveer en sede definitiva.

Una competencia territorial en orden al proceso cautelar distinta de la competencia territorial establecida para el proceso definitivo puede ser *necesaria* o *facultativa*: es facultativa en todos los casos en que concurre con la competencia del juez competente para el proceso definitivo; es necesaria en los casos en que se excluye esta última competencia.

La competencia territorial particular en orden al proceso cautelar se determina por el *fuero real* (*supra*, n. 139), es decir, por el *lugar en que se encuentra la cosa o la persona que debe ser sometida a la medida cautelar* (objeto de la demanda); véanse, bajo este aspecto, las normas del art. 672[1] en cuanto al *secuestro*, del art. 688[1] en cuanto al proceso *cuasi posesorio*, del art. 693[2] en cuanto a la *inspección preventiva de las pruebas*, del art. 701 en cuanto a las *medidas cautelares innominadas* y del art. 21[2], en cuanto al *proceso posesorio*.

144. COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO VOLUNTARIO.

Igualmente, la parte general del código calla en materia de competencia territorial en orden al proceso voluntario.

Frecuentemente, pero no siempre, las normas relativas se encuentran en el libro IV, en el cual se regula el proceso voluntario (ejemplo arts. 706[1], 712[1], 747[1]), o bien en el Código civil (ejemplo, art. 48). En tal desorden, no es posible inferir de las normas dispersas el plano de la distribución territorial de los asuntos en que no pensó el legislador. La designación del juez competente por razón del territorio habrá de buscarse, por tanto, en las normas que atañen a cada especie de proceso voluntario; si esta búsqueda no da resultado positivo, conviene recurrir a la analogía, buscando la fuente ante todo en las normas relativas a otras especies de proceso voluntario (por ejemplo, el pretor competente para la colocación o para la remoción de los sellos, según los arts. 752 y 762, o para el inventario, según el art. 769, debe ser el del lugar donde se ha abierto la sucesión en aplicación

analógica del art. 747[1]), y si no, en las normas concernientes al proceso contencioso.

145. COMPETENCIA TERRITORIAL POR DELEGACION.

La competencia territorial puede depender, no de la ley en relación con la sede de la litis o del negocio, sino de una orden del juez: en este caso se habla de competencia por delegación.

La competencia por delegación puede referirse al procedimiento entero o a algún acto de él.

a) Competencia por delegación en cuanto al procedimiento entero la hay en el caso del juez de reenvío (*infra*, n. 609), ya que el nuevo oficio de grado igual al que pronunció la sentencia casada, a fin de que decidida nuevamente la litis, se designa, mediante la sentencia que acoge el recurso por la Corte de casación (art. 383); y también en el caso de litis por responsabilidad civil del juez (art. 56[2]; *infra*, n. 193).

b) Competencia por delegación en cuanto a actos singulares del procedimiento la hay cuando se trata de recepción de pruebas que deba hacerse fuera de la circunscripción del juez que la ordenó: en tal caso, si la prueba debe asumirse en el territorio del Estado, puede ser delegado el pretor en cuya circunscripción debe tener lugar la recepción (art. 203[1]); si se la tiene que asumir fuera del territorio del Estado y la prueba deben suministrarla ciudadanos italianos residentes en el extranjero, puede ser delegado el cónsul en cuya circunscripción residan tales ciudadanos (art. 204[2]).

146. MODIFICACION DE LA COMPETENCIA (COMPETENCIA SECUNDARIA).

Tanto la competencia jerárquica como la competencia territorial, según resultan de las reglas hasta ahora expuestas, pueden ser modificadas en virtud de circunstancias que determinan la conveniencia del proceso ante un juez distinto del que de lo contrario habría de seguirlo. Tales circunstancias son de tres órdenes: a) *pendencia de otro proceso respecto de la misma litis*; b) *conexión de la litis o del negocio*

con uno o varios otros deferidos a un juez distinto; c) *acuerdo de las partes para encomendar la litis a un juez distinto.*

a) La pendencia de otro proceso respecto de la misma litis es posible si se trata de procesos de distinto tipo: así puede ocurrir que se hagan simultáneamente para la misma litis el proceso definitivo y el proceso cautelar o posesorio, o el proceso ejecutivo y el proceso de cognición.

b) Si varias litis son conexas, puede manifestarse la conveniencia de seguir acerca de ellas un solo proceso (acumulativo; *infra,* n. 259) por razones de economía y también de certeza, a fin de evitar que sobre las cuestiones entre ellas comunes se juzgue en forma diferente en distintos procesos. Ahora bien, cuando según las reglas ordinarias no todas las litis conexas pertenezcan al mismo juez, una condición para que sobre ella pueda desarrollarse el proceso acumulativo, es que respecto de alguna de ellas se modifique la competencia ordinaria.

c) Finalmente, si las partes están de acuerdo para encomendar la litis a un juez distinto de aquel a quien la ley atribuye la competencia, ello quiere decir que hay buenas razones para considerar la conveniencia de modificarla.

Por la exposición siguiente se verá cómo la eficacia modificativa de la competencia reconocida a la conexión es más intensa que la atribuida al acuerdo de las partes; en efecto, éste no opera sino para desplazar la competencia territorial, mientras que la conexión desplaza también por lo menos en alguna de sus formas la competencia jerárquica; por eso, de los límites impuestos a la modificación de la competencia territorial por acuerdo de las partes (art. 38; *infra,* n. 158) no es correcto argumentar por analogía una limitación idéntida en el desplazamiento operado por la conexión sobre la competencia por razón del territorio.

147. MODIFICACION DE LA COMPETENCIA POR LITISPENDENCIA.

Los casos en que se modifica la competencia porque sobre la misma litis pende ya un (distinto) proceso, son tres.

a) Que la pendencia del proceso definitivo desplace la

competencia ordinaria establecida para el proceso cautelar (*supra,* n. 44), resulta en materia de secuestro, conservativo o judicial, del art. 673[1], según el cual "cuando hay causa pendiente por razón de fondo, la instancia de secuestro debe proponerse al juez de la misma". Considero que esta norma se puede extender por analogía a otras especies de proceso cautelar (ejemplo, art. 700).

b) Una norma análoga en cuanto al proceso posesorio (*supra,* n. 46) está prescrita en el art. 704[1], siempre que los hechos por los cuales se acciona en sede posesoria sean posteriores al inicio del proceso petitorio y salvo en todo caso la competencia del pretor en orden al proceso de reintegración (art. 704[2]); además en el art. 688[2], en orden al proceso *cuasi posesorio.*

c) Una modificación de la competencia territorial ordinaria para el proceso de cognición se verifica también cuando en orden a la misma litis pende proceso ejecutivo. Esta indicación se refiere a la llamada oposición a la ejecución (arts. 615 y sigtes.; *infra,* n. 813); cuando el deudor se opone a la ejecución, no hace más que deducir en un proceso de cognición la misma litis que el acreedor ha deducido, en cambio, en el proceso ejecutivo; en efecto, el interés que él hace valer, es siempre el mismo que mediante el proceso ejecutivo trata el acreedor de subordinar al suyo. Ahora bien, según el art. 27[1], la oposición a la ejecución forzada se propone ante el juez "del lugar de la ejecución"; no pudiéndose dar oposición a la ejecución (*infra,* n. 813) sin que ésta haya sido iniciada por lo menos con el precepto (*infra,* n. 670) o con la notificación del título ejecutivo (*infra,* n. 669), aquí hay modificación de la competencia territorial por litispendencia. Se exceptúa la hipótesis de oposición a un precepto en que no se contenga elección de domicilio en el municipio en el cual se encuentren los bienes (*supra,* n. 141); si dicha hipótesis se verifica, juzga de la oposición el oficio en cuya circunscripción se haya notificado el precepto, por lo cual aquí se trata de *fuero del actor* (art. 480[3]); por lo demás esta norma no parece que deba aplicarse cuando después del precepto se

hayan llevado a cabo otros actos ejecutivos, y en particular el embargo.

148. MODIFICACION DE LA COMPETENCIA POR CONEXION.

No cualquier especie de conexión consiente el proceso acumulativo (*infra*, n. 259), sino aquel tipo de conexión (instrumental) que se llamó *interdependencia* (*supra*, n. 15); en efecto, sólo entonces varias litis o negocios pueden resolverse con medios comunes (razones, pruebas, bienes), y se pueden obtener del proceso acumulativo beneficios en línea de economía y de certeza. Por lo demás, en cuanto la interdependencia en sede ejecutiva está constituida por la identidad de los bienes, y la competencia jerárquica o territorial se determina en razón de la naturaleza o de la sede de ellos, no puede existir en cuanto al proceso ejecutivo necesidad de desplazar la competencia a fin de obtener la acumulación procesal; en efecto, las litis que pueden ser tratadas con el mismo proceso, siendo las que atañen a los mismos bienes, pertenecen ya a la competencia del mismo juez.

Por tanto, un desplazamiento de competencia coordinado con la acumulación procesal sólo se observa en cuanto al proceso de cognición, mientras que en el proceso ejecutivo no puede presentarse la hipótesis de la acumulación respecto de procesos atribuidos a oficios distintos.

El nexo entre la modificación de la competencia y la acumulación procesal puede ser de dos especies, según que aquélla tenga en éste su *presupuesto* o tenga su *condición*: en ciertos casos, la competencia se modifica *porque* varias litis han sido deducidas en el mismo proceso; en ciertos otros, se modifica *siempre que* hayan sido deducidas en el mismo proceso. En el primer orden de casos la modificación *se extiende a cada una de las litis conexas*, de manera que el proceso acumulativo puede desarrollarse ante un juez que no tendría competencia en orden a alguna de ellas; en el segundo, la modificación *se limita a alguna de las litis conexas*, la que es *atraida al oficio competente respecto de otra*. En el primer orden de casos la conexión produce la *derogación*

a la competencia, en el segundo, en vez de derogación es justo hablar de *prórroga,* ya que la competencia de un oficio se extiende de una litis a otra o varias otras.

149. DEROGACION A LA COMPETENCIA POR CONEXION.

Una derogación por conexión es admitida por los arts. 10² y 11, respecto de la competencia ordinaria por razón del valor.

Del art. 10² se ha hablado ya en la segunda parte a propósito de la determinación del valor de la litis (*supra,* n. 134); ahora tenemos que considerar su primera parte, según la cual "las demandas propuestas en el mismo proceso contra la misma persona se suman todas ellas"; la hipótesis, es, naturalmente, que se trate de demandas relativas a litis conexas, en defecto de lo cual en el mismo proceso no se podrían deducir, puesto que no basta la identidad de las partes (conexión subjetiva), sino que es necesaria la interdependencia para determinar la acumulación procesal; la hipótesis comprende tanto la *acumulación simplemente objetiva,* esto es, la pluralidad de demandas propuestas por un mismo actor contra el mismo demandado (*infra,* n. 263), como la *acumulación subjetiva activa,* esto es, la pluralidad de demandas propuestas por varios actores contra el mismo demandado (*infra,* n. 261); puesto que en esta hipótesis la competencia por razón del valor se determina por la acumulación de las demandas, aparece claramente que en cuanto sean propuestas a la vez, puede ser competente respecto de cada una de ellas un juez que pudiera no tener competencia respecto de alguna de ellas o hasta respecto de ninguna. Aclarado de este modo el alcance de la norma y su fundamento, el cual está en la conexión de las litis acumuladas, no se comprende la razón de que se limite la hipótesis a la acumulación subjetiva activa, con exclusión de la acumulación subjetiva pasiva; y tampoco porque las demandas deban sumarse cuando las propongan varios actores y no cuando se las proponga contra varios demandados.

La norma del art. 11, según la cual "si se pide por varias

personas o contra varias personas el cumplimiento por cuotas de una obligación, el valor de la causa se determina por la obligación entera", no hace más que repetir para un caso de interdependencia de identidad de título la norma precedente, con la única diferencia de que extiende la derogación también a la hipótesis de la acumulación subjetiva pasiva; tanto la repetición como la diferencia provienen manifiestamente de una visión no clara del instituto. Sin embargo, la combinación de las dos normas ahora consideradas, ya que la segunda comprende también la hipótesis de la acumulación subjetiva pasiva, permite al intérprete reconstruir enteramente el principio.

15. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR CONEXION.

Según lo he indicado, se da prórroga de la competencia ordinaria por conexión cuando a fin de poder comprender varias litis en un mismo proceso, al juez que sería competente para alguna de ellas, pero no para todas, se le atribuye la competencia también respecto de las otras (*supra*, n. 148).

Naturalmente, no hay que creer que cualquier especie de interdependencia consienta el desplazamiento consistente en la prórroga, la cual, aunque sea menos grave que la derogación, es siempre un efecto más grave que el proceso acumulativo: es necesario a este fin que ella presente determinados caracteres.

En el mismo orden de ideas hay que hacer notar que la prórroga de la competencia jerárquica es un efecto más grave que la prórroga de la competencia territorial; por eso son distintos los presupuestos del desplazamiento por conexión de la una o de la otra, en el sentido de que un tipo de conexión suficiente para modificar la competencia territorial puede no serlo, en cambio, para desplazar la competencia jerárquica.

Conviene insistir también en la observación de que en tanto la conexión desplaza la competencia jerárquica o territorial en cuanto del desplazamiento se siga el beneficio del proceso acumulativo; todas las normas referentes a la mo-

dificación de la competencia contenidas en la parte general del código disponen en este sentido; por eso también las hipótesis de competencia por conexión reguladas por normas particulares (cfr. art. 389; *infra,* ns. 153 y 609) deben entenderse con esta limitación.

Se puede, pues, formular la regla siguiente: *no toda especie de conexión suficiente para determinar la acumulación procesal es suficiente también para modificar para alguna de las litis conexas la competencia territorial a fin de hacer posible la acumulación; no toda especie de conexión suficiente para modificar la competencia territorial es suficiente para modificar la competencia jerárquica.*

151. PRORROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL POR CONEXION.

"Las causas contra varias personas que a tenor de los arts. 18 y 19 deberían proponerse ante jueces distintos, si son conexos por razón del objeto o del título pueden proponerse ante el juez del lugar de residencia o domicilio de una de ellas para ser decididas en el mismo proceso" (art. 33). La hipótesis de conexión por razón del objeto o del título responde a la figura de la interdependencia, es decir, de la conexión instrumental, ya conocida del lector (*supra,* n. 15). Cuando existe la interdependencia para que las litis sean decididas con el mismo proceso, el fuero personal del demandado en cualquiera de ellas (naturalmente, a elección del actor) determina la competencia también respecto de las otras. El desplazamiento se hace en favor del *forum rei* relativo a una cualquiera de las litis interdependientes; no en favor del *forum actoris* ni del fuero real o instrumental (*supra,* n. 147).

152. PRORROGA DE LA COMPETENCIA JERARQUICA POR CONEXION.

Si la interdependencia entre dos o más litis es suficiente para desplazar, a los fines de la acumulación procesal, la competencia por razón del territorio, es necesaria, pero no suficiente, para desplazar la competencia jerárquica. Lo que es necesario todavía para determinar este desplazamiento es

que entre las litis interdependientes medie una ulterior relación, que puede ser de *accesoriedad,* de *prejudicialidad* o de *reconvencionalidad*; o bien que la ley reconozca la *acumulación necesaria* de ellas (*infra,* n. 260).

Una litis se dice *accesoria* a otra *cuando no sólo proviene de ella sino que no puede estar sin ella, por lo cual media entre ambas, no sólo una relación de dependencia histórica, sino también de dependencia lógica*; por eso, por ejemplo, la litis relativa a los gastos del proceso es accesoria a la litis deducida en el proceso, o la litis para resarcimiento de los daños es accesoria a la litis para declaración de certeza del acto ilícito. Una hipótesis de accesoriedad se da en la *garantía,* que se presenta *cuando uno de los litigantes quiere hacer desviar sobre un tercero el sacrificio que le ocasionaría el vencimiento* (*infra,* n. 154); si la ley considera la garantía separadamente de la accesoriedad, ello se debe a la regulación un tanto distinta que para esta hipótesis de accesoriedad se ha creido conveniente establecer.

Una litis es *prejudicial* a otra *cuando su decisión es relevante para la decisión de la otra*: es prejudicial, por ejemplo, la litis acerca de la validez del matrimonio respecto de la litis acerca de los alimentos que la esposa pretende del marido; así, puede ocurrir en cuanto el mérito de una litis (*supra,* n. 13) constituya para la otra una cuestión preliminar (*ibi*); prejudicial es la primera de las dos litis en cuanto su (entera) decisión tiene para la segunda valor de solución de una cuestión preliminar. Nótese que aquí la prejudicialidad se refiere *a la litis, no a la cuestión.*

Una litis es *reconvencional* respecto de otra *cuando su pretensión tiende a paralizar la pretensión de la otra*: por ejemplo, si un contratante pide al demandado la resolución de un contrato bilateral por culpa de él y él opone que, por el contrario, el contrato debe ser resuelto por culpa del primero, la segunda es respecto de la primera una litis reconvencional.

Accesoriedad, prejudicialidad o *reconvencionalidad* no deben confundirse con interdependencia; *dos o más litis pueden presentar entre sí una de tales relaciones sin ser inter-*

dependientes o viceversa: en cuanto a la reconvencionalidad, ello resulta claramente del art. 36, en el cual la derogación a la competencia en orden a las demandas reconvencionales "que dependen del título deducido en juicio por el actor o del título que ya pertenece a la causa como medio de excepción", esto es, en orden a la litis reconvencional en cuanto sea propiamente conexa con la litis principal, implica *a contrario* que pueda existir reconvencionalidad sin interdependencia. Dígase lo mismo de la litis prejudicial y de la litis accesoria, la cual puede ser o no interdependiente respecto de la litis con la cual se halla en relación de prejudicialidad o de accesoriedad: si la decisión de una litis sólo implica una cuestión de derecho cuya solución sea relevante para la decisión de otra, ello basta para hacer de ella respecto de ésta una litis prejudicial, no una litis interdependiente; por otra parte, la litis del cliente contra el defensor para el resarcimiento del daño ocasionado por la defensa negligente en un proceso civil, es sin duda accesoria a la litis deducida en el mismo proceso, pero es manifiesto el defecto de la interdependencia entre ellas.

Como para la prórroga de la competencia jerárquica es necesario el concurso de una de las antedichas relaciones (accesoriedad, prejudicialidad, reconvencionalidad) con la interdependencia, se demostrará mejor en los puntos siguientes.

153. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR ACCESORIEDAD.

"La demanda accesoria puede proponerse al juez territorialmente competente para conocer de la demanda principal, a fin de que se decida en el mismo proceso, observándose en cuanto a la competencia por razón del valor, la disposición del art. 10, segundo apartado. Se la puede proponer, sin embargo, ante el mismo juez, aun cuando exceda de su competencia por razón del valor, cuando la competencia para conocer de la causa principal esté determinada por razón de la materia" (art. 31). Según esta norma el *juez competente para la litis principal es competente para la litis accesoria, aunque ésta no pertenezca a su competencia territorial, y*

también aunque exceda de su competencia por razón del valor con tal de que, a este último fin, respecto de la litis principal sea él competente por razón de la materia (por cualidad de la litis o por función): por ello el pretor, competente por función respecto de la litis posesoria, es competente por conexión en cuanto a la litis relativa al resarcimiento del daño proveniente de la violación de la posesión, cualquiera que sea su valor. La accesoriedad, pues, desplaza la competencia por razón del territorio y limitadamente la competencia por razón del valor, no, en cambio, las otras formas de la competencia jerárquica.

En la fórmula de la ley no se habla más que de accesoriedad, sin alusión alguna a la interdependencia, por lo cual de la interpretación literal podría resultar que bastara la primera sin necesidad de la segunda para ocasionar la modificación de la competencia; por otra parte, la indagación de la razón y del sistema de la ley induce a interpretar esta fórmula restrictivamente, en el sentido de que la litis accesoria de que allí se habla, es aquella en que se encuentran juntamente los caracteres de la accesoriedad y de la interdependencia. La verdad es que, como a su tiempo veremos, no siempre es necesaria la interdependencia para determinar la acumulación procesal (*infra*, ns. 261 y sigtes.); pero hay que repetir que el desplazamiento de la competencia, especialmente jerárquica, es un efecto más grave que el simple proceso acumulativo; por otra parte, dentro de poco demostraremos, a propósito de los arts. 34 y 36, que en ellos no es sólo la prejudicialidad o la reconvencionalidad lo que determina la prórroga de la competencia, sino únicamente cuando la una o la otra concurra con la interdependencia.

Una hipótesis de competencia por accesoriedad está particularmente regulada por el art. 389, según el cual "las demandas de restitución o de reducción a su primitivo estado y cualquiera otra consiguiente a la sentencia de casación se las propone al juez de reenvío (*supra*, n. 148; *infra*, n. 609), y en caso de casación sin reenvío (*infra*, n. 600) al juez que pronunció la sentencia casada"; la litis referente a la restitución, aunque accesoria a la litis tratada en el proceso de

apelación, es distinta de ésta, por lo cual es curiosamente superflua la norma del art. 144, de las disp. de aplicación.

Otra hipótesis análoga en que la competencia para la litis accesoria está determinada por la competencia para la litis principal en sede ejecutiva, es la prevista por el art. 27[2], en cuanto se refiere a la oposición del tercero contra la ejecución forzada: la litis del tercero que pretende la liberación de un bien del embargo ejecutado por una deuda ajena, es conexa a la litis para la cual se realiza el proceso de ejecución y accesoria a ella.

154. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR GARANTIA (6).

Ya hemos advertido que la litis del garantizador contra el garantizado es accesoria a la litis entre este último y el tercero (*supra,* n. 152), pero este caso de accesoriedad se considera separadamente porque se lo regula en forma diferente; al paso que la accesoriedad desplaza no sólo la competencia por razón del territorio, sino también la competencia por razón del valor, sólo en cuanto la litis principal sea deferida al juez al que se ha acudido independientemente del valor, *la garantía atribuye la litis accesoria al juez de la causa principal aunque no le pertenezca según las normas ordinarias de la competencia por razón del territorio o por razón del valor en todo caso, siempre a condición de que ambas litis se decidan con el mismo proceso* (art. 32). La garantía, pues, desplaza la competencia por razón del territorio y la competencia por razón del valor (esta última más allá de los límites establecidos para la accesoriedad), no las otras formas de la competencia jerárquica.

También la fórmula del art. 32, a diferencia de la del art. 34 (*infra,* n. 155) y del art. 36 (*infra,* n. 156), y a semejanza, en cambio, del art. 31, construye la hipótesis con el solo carácter de la garantía, sin agregar que para determinar la competencia además de la relación de garantía, debe haber entre ambas litis también interdependencia. Una hipótesis

(6) CALAMANDREI, *La chiamata in garantia*, Milano. Soc. ed. Libraria. 1913.

de garantía sin interdependencia es la conocida con el nombre de garantía impropia: mientras la litis entre el comprador de una cosa y el tercero reivindicante es instrumentalmente conexa (*supra*, n. 15) con la litis entre el comprador y su vendedor (la llamada *litis de evicción*; arts. 1480 y sigtes., Cód. civ.), y lo mismo hay que decir de las litis entre el acreedor y el fiador y entre este último y el deudor para la retrocesión (art. 1950, Cód. civ.), no se da, en cambio, interdependencia, a pesar de la relación de garantía entre la litis del comprador por resarcimiento del daño por no haber entregado la cosa y la litis del vendedor contra quien le vendió la misma cosa y no se la entregó, para obtener a su vez el resarcimiento; esta hipótesis, acerca de la cual se ha discutido mucho para la aplicación del art. 100, n. 1 del antiguo Código con el resultado de negarla, distinguiéndose, por tanto, entre *garantía propia* y *garantía impropia*, difiere de las otras recién recordadas, no tanto porque entre ambas litis no media una relación de garantía, cuanto porque al lado de esa relación no existe la de interdependencia, ya que la segunda litis no tiene de común con la primera ni el título ni el objeto; por tanto, su exclusión del ámbito de la norma contenida en el art. 32 sólo puede considerarse en cuanto dicha norma, al igual que la del art. 31, se interprete restrictivamente, entendiéndose que no respecto de todas las litis de garantía, sino sólo respecto de las que se hallan con la litis principal en relación de interdependencia, se haya establecido la modificación de competencia. Qué ésta deba ser la interpretación del art. 32 se demuestra con las razones ya aducidas respecto del art. 31, por lo cual la llamada garantía impropia da lugar a la acumulación procesal (*infra*, n. 262) si para ambas litis es competente el mismo juez, pero no, para obtener la acumulación, a la competencia por conexión.

155. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR PREJUDICIALIDAD (7).

Prejudicialidad de una litis respecto de otra puede darse también sin interdependencia; si el mérito (*supra*, n. 13) de

(7) MENESTRINA, *La pregiudiciale*.

una litis consiste en una cuestión de derecho y ésta es una de las cuestiones que se presentan en la otra, no se puede negar que la primera sea prejudicial a la segunda, pero ello no basta para desplazar respecto de una de ellas la competencia; a este efecto es necesario que las cuestiones comunes se refieran al *mismo título* o al *mismo objeto* (*supra,* n. 15); por ejemplo, si en el proceso relativo a una litis alimentaria entre padre e hijo se cuestiona acerca de la paternidad, esta cuestión, por identidad de título, implica la interdependencia entre la litis deducida en el proceso y la litis relativa al uso, por parte del hijo, del apellido paterno. Cuando surge en el proceso una cuestión preliminar que sea común a otra o varias otras litis, podría quedar resuelta con efecto limitado a la litis en el mismo proceso deducida (*incidenter tantum*); pero puede ocurrir que se pida su solución *para decidir entre las mismas partes respecto de ella también otras litis*; esta hipótesis se expresa por la ley mediante la fórmula de que la "cuestión prejudicial" (*supra,* n. 13) se decida "con eficacia de cosa juzgada" (*scilicet,* respecto de las otras litis; art. 34), lo cual puede ocurrir o porque así lo quiere la ley (ejemplo, en el caso de la querella de falsedad; *infra,* ns. 461 y sigtes.) o porque las partes hacen de ello "explícita demanda" (art. 34); naturalmente la eficacia de cosa juzgada (*supra,* n. 79) de la misma sentencia sobre las dos litis no podría producirse si no fuesen interdependientes, esto, si la cuestión decidida no fuese común por identidad de título o de objeto; por ello la insuficiencia de la pura prejudicialidad y la exigencia de la conexión instrumental a los fines de la modificación de la competencia va implícita en la fórmula de ley. La solución de la cuestión preliminar a una litis, en cuanto se da con efecto respecto de toda otra litis para la cual sea relevante, toma el nombre de *declaración incidental de certeza* (art. 34), queriéndose decir con ello que esa solución, obtenida *incidenter* para la decisión de la litis deducida en el proceso, constituye declaración de certeza de la relación jurídica prejudicial.

Por tanto, si la cuestión común a la litis deducida en el proceso y a la litis prejudicial debe ser decidida (con efi-

cacia de cosa juzgada) respecto de ambas, se verifica una hipótesis de acumulación procesal (objetiva; *infra,* n. 263), para obtener la cual, si la litis prejudicial no pertenece por razón de la materia o por razón del valor a la competencia del juez al que se ha acudido, la ley *modifica la competencia para aquella de las litis que debería ser decidida por el juez inferior*; así, si para la decisión de una litis alimentaria que por razón del valor entre en los límites de la competencia del pretor surge una cuestión de estado y ésta debe ser decidida con efecto de declaración incidental de certeza, el tribunal pasa a ser competente también para la litis alimentaria; a este fin dispone la ley la transferencia del proceso al juez superior (*infra,* n. 505). El desplazamiento de competencia lo dispone la ley diciendo que "el juez, si... es necesario decidir con eficacia de cosa juzgada (*scilicet,* más allá de los límites de la litis deducida en el proceso) una cuestión (*rectius,* litis) prejudicial que por razón de la materia o por razón del valor pertenece a la competencia de un juez superior, remite toda la causa (*rectius,* transfiere el proceso) a este último...". Pero si la demanda de declaración incidental de certeza se la propone ante un juez cuya competencia para la litis principal está determinada por la función (por ejemplo, al juez de apelación) el pronunciamiento acerca de ella corresponde al juez competente para la litis prejudicial, al cual debe remitirla el juez del proceso principal, suspendiendo hasta su decisión dicho proceso (arg. *ex* art. 355; *infra,* ns. 497 y 522).

Una hipótesis particular de prejudicialidad atañe a la excepción de compensación (arts. 1241 y sigtes., Cód. civ.) opuesta contra la pretensión de pago de un crédito, si el crédito opuesto es discutido; en tal caso la solución de la cuestión acerca de la compensación implica la decisión de la litis acerca del crédito mismo; el carácter prejudicial de esta segunda litis es reconocido por el art. 35, el cual le aplica el instituto de la declaración incidental de certeza, con esta particularidad, que no es necesaria para provocar dicha declaración de certeza la "explícita demanda" prevista en el art. 34; basta la discusión del crédito opuesto para determinar

las consecuencias establecidas por el art. 34, razón por la cual el previsto por el art. 35 es uno de los casos en que la declaración incidental de certeza opera en virtud de la ley. A esta regla sólo se hace excepción si "la demanda (de pago del crédito contra el cual se excepciona la compensación) se funda en el título no controvertido o fácilmente comprobable", caso en el cual el juez "puede decidir sobre ella (*scilicet,* como si no se hubiese opuesto la compensación) y remitir las partes al juez competente para la decisión relativa a la excepción de compensación (*rectius,* de la litis relativa al crédito opuesto), subordinando, en caso de necesidad, la ejecución de la sentencia a la prestación de una caución" (*infra,* n. 230).

156. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR RECONVENCIONALIDAD (8).

"El juez competente para conocer de la causa principal conoce también de las demandas reconvencionales (*rectius,* es competente también para las litis reconvencionales) que dependan del título deducido en juicio por el actor o del título que ya pertenece a la causa como medio de excepción, siempre que no excedan de su competencia por razón de la materia o del valor; de lo contrario, aplica las disposiciones de los dos artículos anteriores" (art. 36). Esta fórmula es la única, entre todas las relativas a la modificación de la competencia por conexión, en que están puestos claramente los dos requisitos concurrentes de la *reconvencionalidad* y de la interdependencia.

La interdependencia se pone en ella como identidad de título entre la litis principal y la reconvencional; ello quiere decir que para determinar la modificación de la competencia, *la razón de la pretensión en la litis reconvencional debe consistir en el hecho constitutivo aducido por el actor o en el hecho extintivo o impeditivo aducido por el demandado en la litis principal.*

El desplazamiento de la competencia ocurre en sentido inverso para la competencia territorial y para la competencia

(8) JAEGER, *La riconvenzionale nel processo civile,* Padova, 1933.

jerárquica: en cuanto a la competencia territorial la litis reconvencional la decide el juez competente para la litis principal, aunque no sea competente para ella según las reglas ordinarias; en cuanto a la competencia jerárquica es la litis principal la que debe ser decidida por el juez competente según las reglas ordinarias para la litis reconvencional si ésta excede de la competencia del juez al que se ha acudido.

El desplazamiento de competencia puede no ocurrir cuando la demanda principal se funda en título controvertido o fácilmente comprobable, en cuyo caso el juez al que se ha acudido tiene la potestad de escindir el proceso según el art. 35, al cual remite el art. 36; dicha potestad, como la de imponer una caución para la ejecución de la sentencia pronunciada sobre la demanda del actor, tiene carácter discrecional; una buena razón para no ejercerla puede contemplarse en el hecho de que también la demanda reconvencional es de fácil decisión. La acumulación de la demanda reconvencional con la demanda principal no se admite, naturalmente cuando esta última esté pendiente ante un juez incompetente por razón de la función para decidir acerca de la primera (por ejemplo, en sede de apelación).

157. PRORROGA DE LA COMPETENCIA POR LITISCONSORCIO NECESARIO.

Se admite, finalmente la prórroga de la competencia jerárquica en cuanto de *varias litis disponga la ley la acumulación procesal necesaria* (*infra,* n. 260). Puesto que dicha necesidad se plantea casi siempre respecto de litis que ya pertenecen a la misma competencia jerárquica, el desplazamiento de ésta se verifica, que yo sepa, únicamente en el caso previsto por el art. 512 (*infra,* n. 713): a fin de hacer posible la acumulación procesal de las diversas litis surgidas entre el deudor y los acreedores o bien entre unos acreedores y otros en materia de distribución de lo obtenido de la expropiación forzada, se establece que de ellas juzga conjuntamente el oficio al cual pertenece según las normas ordinarias la cognición de la que atañe al mayor de los créditos controvertidos (art. 17); la norma, en su formulación, parece

referirse a la determinación del valor de la litis, pero en realidad dispone la modificación de la competencia por razón del valor en orden a aquellas de las varias litis que por sí solas serían asignadas a un juez inferior al competente para la litis relativa al crédito mayor.

Ninguna modificación de la competencia jerárquica está prevista cuando la necesidad de la acumulación proviene de la orden del juez (*infra,* n. 260), razón por la cual la pertenencia a la cognición de dicho juez de la litis entre una de las partes y el tercero, cuya acumulación con la litis ya deducida en el proceso dispone el juez, limita en el juez la potestad ordenatoria de la acumulación procesal.

158. MODIFICACION DE LA COMPETENCIA POR ELECCION [9].

"La competencia no puede ser derogada por acuerdo de las partes, salvo en los casos establecidos por la ley" (art. 6). Según el art. 28, dicho acuerdo sólo opera en orden a la competencia territorial; puesto que el tal acuerdo se resuelve en la elección de un juez distinto del que estaría establecido por la ley, se habla aquí de competencia *por elección.*

El acuerdo de las partes es eficaz a este fin, salvo los casos exceptuados por la ley; en tales casos se dice que la competencia territorial es *inderogable.* Los casos principales de competencia territorial inderogable están previstos por el art. 28 y atañen a los procesos en que es obligatoria la intervención del ministerio público (*infra,* n. 200) con exclusión de los procesos indicados en el art. 70[1], n. 4, el proceso cognitivo de oposición al proceso ejecutivo (*supra,* n. 147), el proceso ejecutivo (*supra,* n. 141), el proceso cautelar (*supra,* n. 143) y el proceso voluntario (*supra,* n. 144); otros casos están previstos por el art. 661 en cuanto al procedimiento de desalojo (*infra,* n. 868), por el art. 610, Cód. nav., en cuanto a la regulación de contribución en averías comunes; por el art. 29 de la ley del 23 de mayo de 1950, n. 253, en cuanto a las controversias en él previstas en materia de locación.

(9) ANDRIOLI, *Commento,* págs. 103 y 132.

El acuerdo relativo a la modificación de la competencia territorial puede ser *expreso* o *tácito*.

El acuerdo expreso se puede referir a una o a varias litis (art. 29); más exactamente, a una litis determinada (*iam nata*) o a una litis determinable (*nondum nata*); en este segundo caso es análogo a la cláusula compromisoria (*supra*, n. 63); en todo caso debe resultar de acto escrito (art. 29). Un acuerdo expreso referente a una litis determinada está previsto por el art. 38³, en cuanto establece que la excepción de incompetencia por razón del territorio, fuera de los casos en que el art. 28 excluye que ésta pueda ser modificada por acuerdo de las partes, debe ir acompañada de la indicación del juez que quien la propone considera competente (*infra*, n. 426) y que si las otras partes se adhieren a ello "la competencia del juez indicado queda firme si la causa se reanuda dentro de seis meses a partir de la cancelación del registro".

El acuerdo tácito se da cuando una parte respecto de una litis determinada o determinable ha elegido domicilio según el art. 47 del Cód. civ. y la otra parte propone la demanda ante el juez en cuya circunscripción ha sido elegido el domicilio (art. 30); la elección de domicilio a los fines de la determinación de la competencia por razón del territorio consiste en la indicación de una circunscripción o de un oficio judicial, sin necesidad de que se indique también una casa y la persona que viva en ella (*domiciliatario*). El acuerdo tácito puede darse también cuando una parte, habiendo propuesto la demanda ante un juez territorialmente incompetente, la otra parte no opone en el primer acto de defensa la incompetencia, indicando el juez que considera competente (art. 38³; cfr., sin embargo, art. 9 del T.U. del 30 de octubre de 1933, n. 1611, en cuanto al fuero del Estado; *supra*, n. 139); una oposición tardía o sin dicha indicación es ineficaz.

El acuerdo vale para atribuir competencia al juez elegido, no para privar de competencia al juez competente según la ley (art. 29³); pero si en el acuerdo expreso se atribuye al juez elegido competencia exclusiva, el juez designado por la ley no es competente (art. 29²).

SECCION II. — DE LA COMPETENCIA INTERNA

159. COMPETENCIA INTERNA.

También en el interior del oficio la distribución del trabajo se hace en forma análoga a la que hemos visto entre los varios oficios que constituyen el ordenamiento judicial. También dicha distribución implica una tupida red de normas respecto de las cuales, siendo la elaboración científica mucho menos avanzada que respecto de la competencia externa, el código ofrece un plan mucho menos completo y claro que el referente a las normas relativas a la competencia externa.

La primera distinción que hay que hacer en materia de competencia interna, es entre *competencia de la sección* y *competencia del oficial*; aquélla resulta de la distribución del trabajo entre las secciones en que eventualmente se distribuye un oficio (*supra,* n. 117); ésta, de la distribución del trabajo entre los oficiales y los encargados.

A propósito de la competencia interna parece menos conveniente uno de los dos adjetivos con los cuales, en materia de competencia externa, fue denominada su distinción fundamental: no estando la distribución de los cometidos entre los miembros del oficio regulada precisamente según la jerarquía, hablar en orden a la competencia territorial de una competencia jerárquica del oficial sería ciertamente impropio; más convendría, acaso, aplicarle la denominación de *competencia institucional.* Por otra parte, disminuye, si es que no se desvanece del todo, en cuanto a la competencia interna la importancia de la competencia territorial; en cuanto a los oficiales y a los encargados, teniendo todos ellos la misma sede, no se puede hablar de una distribución entre ellos de las litis o de los negocios por razón de territorio; pueden tener y tienen efectivamente a veces sede distinta las secciones (llamadas secciones destacadas), pero en tal caso, respecto de la competencia, funcionan exactamente como oficios. Por eso, la distinción fundamental entre competencia jerárquica o institucional y competencia territorial en cuanto a la competencia interna, puede omitirse en el sentido de que

aquí sólo interesa la primera de ambas especies; en otras palabras, la competencia interna es siempre jerárquica, o mejor institucional.

En cambio, vale también en cuanto a la competencia interna la distinción entre *competencia funcional* y *competencia material*; esta última procede de la distribución de las litis o de los negocios entre las secciones o los oficiales; la primera, de la distribución de las funciones. Un tipo de competencia interna en que se combina o se confunde la competencia material o funcional, es aquella en que se distinguen las *secciones civiles* de las *secciones penales* de un oficio (ejemplo, de un tribunal, de una Corte de apelación, de la Corte de casación) por cuanto a la diferencia entre la litis civil y la pretensión penal acompaña la diversidad del proceso.

160. COMPETENCIA DE LA SECCION.

La competencia de la sección se funda en la delegación del jefe del oficio (*supra*, n. 117); la establece una providencia de éste, la cual asigna a una de las secciones en que se divide el oficio, la litis o el negocio (cfr. arts. 168 *bis*[1], 376[1]).

La potestad de asignación del jefe del oficio es libre, menos en cuanto a las secciones unidas en el juicio de casación (cfr. art. 374; *infra*, n. 598); pero puede ser regulada por normas internas, encaminadas a distribuir el trabajo entre las secciones según un plan de especialización de ellas.

En ningún lugar se dice que de la asignación de una litis o de un negocio a una sección dependa la competencia de ésta como la incompetencia de toda otra sección del mismo oficio; pero el principio se infiere con seguridad del concepto de la asignación misma. Es distinta la eficacia de la asignación a una sección de determinadas categorías de litis o de negocios (*supra*, n. 125).

161. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LOS OFICIALES O DE LOS ENCARGADOS.

Según dijimos, la composición del oficio judicial está dispuesta según un principio de división del trabajo entre sus

componentes; las distinciones entre *oficiales* y *encargados,* entre *oficiales superiores* e *inferiores,* y finalmente respecto de estos últimos, entre secretario y *oficial judicial* (*supra,* n. 117), no tienen otra razón que la diversidad de las funciones encomendadas a cada uno de tales tipos; el resultado de dicha distribución, es, naturalmente la atribución a cada oficial y a cada encargado, de una competencia funcional; no son más que normas relativas a la competencia aquélla en virtud de las cuales, a fin de obtener una sentencia o un decreto, hay que dirigirse al juez, a fin de obtener un documento, hay que hacerlo al secretario, y a fin de obtener una notificación o un embargo, al oficial judicial.

Una cierta distribución de funciones está establecida, no sólo entre los diversos tipos de oficiales o encargados, sino también entre oficiales del mismo tipo, y particularmente entre los jueces hasta entre los jueces que integran colegio. En el segundo libro veremos cómo determinadas funciones están atribuidas en particular al *presidente* o *jefe del oficio* (ejemplo, arts. 172 y sigtes., 349, 374, 377, 637), al *presidente de la sección* (ejemplo, art. 168 *bis*[1]) al *presidente del colegio* (ejemplo, arts. 127[1], 276), al *juez instructor* (ejemplo, art. 175), al *juez redactor* (art. 276[5]), al *juez de la ejecución* (ejemplo, art. 484), al *juez relator* (art. 738), al *juez tutelar* (art. 344, Cód. civ.), al *juez delegado para la quiebra* (art. 25 del decreto del 16 de marzo de 1942, n. 267, y art. 4 de la ley del 10 de julio de 1930, n. 995).

Naturalmente, la distribución de funciones, tanto entre distintos tipos de oficiales o de encargados como entre varios oficiales del mismo tipo, no puede hacerse sino en el acto en que se determina el procedimiento; por eso, en la parte general del código y en la misma parte de un tratado dedicada a la estática del proceso, no pueden enunciarse más que sus principios fundamentales, mientras que las aplicaciones deben encontrar lugar en la exposición de la dinámica procesal, bajo el aspecto de los actos y del procedimiento. En efecto, en el primer libro del código no se leen más que algunas generalidades relativas al secretario (art. 57), al oficial judicial (art. 59), al consultor técnico (art. 61), al custodio (art.

65); todas las demás normas relativas a la competencia funcional de los oficiales y de los encargados están necesariamente diseminadas en los libros siguientes.

162. COMPETENCIA MATERIAL DE LOS OFICIALES O DE LOS ENCARGADOS.

Se puede pensar en una competencia material de oficiales o de encargados en cuanto a uno más bien que a otro oficial o encargado de un determinado tipo pertenezca el poder de llevar a cabo los actos propios de sus funciones respecto de una litis o de un negocio determinado; aquí no se trata de distribución de funciones, sino de litis o negocios, a fin de que respecto de ellas se ejerzan las funciones propias del tipo a que pertenece el oficial o el encargado.

Tal pensamiento lo he manifestado, efectivamente, yo en las tres primeras ediciones de este libro; pero una ulterior meditación sobre el tema delicado de las relaciones entre competencia y legitimación (*supra*, n. 125; *infra*, n. 325) me ha persuadido de que en el *nombramiento* o *delegación* del oficial o encargado para el cumplimiento de actos del proceso acerca de determinadas litis o determinados negocios (*infra*, n. 303) hay que ver, no tanto un fenómeno de competencia cuanto un fenómeno de legitimación del oficial o del encargado: ciertamente sin el nombramiento el juez instructor no podría ejercer el oficio suyo respecto de la litis (art. 168 *bis*; *infra*, n. 406), pero a ese nombramiento, como, por ejemplo, al nombramiento del consultor (art. 191; *infra*, n. 409), no se le puede reconocer el carácter de una atribución de competencia, ni, por tanto, a este respecto podría aplicarse el régimen de la competencia.

SUBTITULO TERCERO

DE LAS PRUEBAS (1)

163. NOCION DE LAS PRUEBAS.

En el proceso, en todas sus especies, el oficio tiene que valorar jurídicamente hechos. La noción de hecho jurídico, esencial para la teoría del proceso, es una de aquellas que el estudioso debe aprender de la teoría general del derecho. Cuantas veces el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente. Esos otros objetos son las *pruebas*.

Tampoco la palabra *prueba*, como tantas otras, tiene un solo significado en el lenguaje jurídico: prueba no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto; este equívoco se observa también en el código, en el cual, por ejemplo, cuando se habla de *"exhibición de pruebas"* (arts. 210 y sigtes.), la palabra está usada en el primero y, en cambio, en la frase *"medios de prueba"* (art. 202) o en la de *"argumentos de pruebas"* (art. 116[2]), en el segundo de los mencionados sentidos.

Puesto que no sólo en el proceso, sino también fuera de él deben ser valorados jurídicamente los hechos, las pruebas

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 674; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 372; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, 234; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 425; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 348; REDENTI, *Profili*, pág. 444; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, II, pág. 55; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 451; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 145; LUCO, *Manuale*, pág. 120; CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed., Roma, Ed. dell'Ateneo, 1948.

no sirven solamente para el proceso; en general, la actividad jurídica, y no sólo la actividad judicial, se desenvuelve por medio de pruebas. Por eso, así como el estudio de las pruebas no es propio únicamente de la ciencia del derecho procesal, así la disciplina de ella no se encuentra en el Código de procedimiento civil, sino en el Código civil (arts. 2697 y sigtes.). Acerca de la noción de las pruebas, de su clasificación, de su valor, tenemos que remitir al alumno a los textos de derecho civil y de teoría general del derecho.

El Código de procedimiento civil no se ocupa, ni debe ocuparse, más que de los modos particulares como se emplean las pruebas en el proceso. Tales modos pertenecen predominantemente a la dinámica procesal (*infra*, ns. 258 y sigtes.). Desde el punto de vista estático sólo hay que hacer estas pocas observaciones siguientes.

161. PRUEBAS O TITULOS (2).

Cuando los hechos que el juez tiene que valorar según el derecho no han acaecido ante sus ojos, puede él servirse de la prueba de dos modos: *o en cuanto ella le permite conocer la existencia material del hecho que luego él tiene que valorar jurídicamente*; o, por el contrario, *en cuanto, aunque no le procure el conocimiento pleno, la ley le permite proveer como si lo hubiese conocido, conocimiento integral del hecho jurídico, es decir, no el solo conocimiento del hecho material, sino también de su eficacia jurídica.* En el primer caso se habla de *pruebas en sentido estricto*; en el segundo de *títulos legales.*

La palabra *prueba,* como tantas otras, se emplea en dos significados, con mayor o menor amplitud; en el primero, comprende también el título legal, en el segundo lo excluye.

También la noción de título legal, como la de la prueba, pertenece a la teoría general del derecho, o, de todos modos, a la teoría del derecho material. Se distingue en tres otras nociones, según el tipo funcional de proceso a que se refiere:

(2) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 391; CARNELUTTI, *Trascrizione e esecuzione della sentenza*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, II, 181.

al proceso de cognición sirve el *título de crédito*; al proceso de ejecución, el *título ejecutivo*; al proceso de inyunción, el *título inyuntivo*; al proceso *voluntario*, o mejor a la especie de él que veremos es el proceso *de estado* (*infra*, n. 923), el *título de estado*. Pero como el parentesco entre estas varias especies de título ha sido recientemente descubierto, ocurre que mientras de la primera se ocupa la ciencia del derecho material, y en particular del derecho comercial, y de la cuarta, más bien que ocuparse comienza a hacerse cargo la ciencia del derecho civil, la segunda y la tercera, en cambio, están todavía bajo el dominio del derecho procesal; este modo de ver ha reaccionado también sobre la formación del código, el cual mientras, según indicamos, no disciplina las pruebas sino desde el punto de vista de su empleo en el proceso, continúa, en cambio, regulando enteramente los títulos ejecutivos y los títulos inyuntivos; incluso, si regula estos últimos, no los designa con este nombre; debería estar, pero no está, escrita para el proceso de inyunción una proposición análoga a la que constituye el primer apartado del art. 474. Habida cuenta de ello, no es posible remitir al lector a la teoría del derecho material también para el estudio del título ejecutivo y del título inyuntivo, de los cuales, por tanto, tendremos que hablar en el segundo capítulo de este subtítulo.

Capítulo Primero

DE LAS PRUEBAS (EN SENTIDO ESTRICTO)

165. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS SEGUN LA FUNCION.

Las pruebas se distinguen en *directas* o *indirectas*, según que *estén constituidas por el objeto mismo que debe ser conocido, o por un objeto distinto de él*: supuesto que deba ser conocido el modo de ser físico o psíquico de una persona (por ejemplo, para valorar su capacidad de trabajo o su capacidad para el cumplimiento de actos jurídicos), prueba

directa es la persona misma, mientras que son pruebas indirectas otras personas que den testimonio acerca de dicho modo de ser.

Se distinguen también en pruebas *históricas* o *críticas*, según que *sean idóneas o no para representar el objeto que hay que conocer*, esto es, para suministrar su imagen a quien debe conocerlo: en la hipótesis formulada en el apartado anterior, prueba histórica es una fotografía en la cual pueda verse el cuerpo de la persona herida; prueba crítica lo será un vestido del cual se pueda argüir que ha sido herida.

La nomenclatura aquí utilizada pertenece al lenguaje científico, y como tal es extraña al Código de procedimiento civil; en él se lee todavía alguna frase característica de la eficacia de la prueba crítica: véase el art. 116[2], en el cual se habla de "argumentos de prueba".

166. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS SEGÚN LA ESTRUCTURA.

Las pruebas pueden estar constituidas por *personas* o por *cosas* (cfr. arts. 118[3], 210, 258, 670, n. 2).

Las pruebas *históricas personales* se llaman *testigos* (cfr. arts. 2721 y sigtes. Cód. civ.); las pruebas *históricas reales* se llaman *documentos* (cfr. arts. 2699 y sigtes., Cód. civ.). *Testigos en sentido amplio* se llaman *las personas que aseveran la experiencia de un hecho*, tanto si han sido partes como si son terceros; estos últimos se llaman *testigos en sentido estricto* (arts. 244 y sigtes.). *Documento en sentido amplio* se dice de *cualquier cosa que represente la experiencia de un hecho* (cfr. arts. 210, 221); si tal cosa consiste en una *escritura representativa*, se llama *documento en sentido estricto* (cfr. art. 214).

Las pruebas críticas se denominan contraseñas cuando *consisten en un modo de ser de una persona o de una cosa procurada expresamente para indicar un hecho* (cfr. art. 2713, Cód. civ., pero en el cual se considera una sola especie, más antigua, pero prácticamente desdeñable, de la contraseña, y se desconoce el inmenso desarrollo que tiene en la realidad este tipo de pruebas). De lo contrario, se llaman

presunciones, las cuales *consisten, pues, en el natural modo de ser de una persona o de una cosa, del cual puede argüirse un hecho* (cfr. arts. 2727 y sigtes., Cód. civ.).

También esta nomenclatura es en gran parte extraña al lenguaje del Código de procedimiento, en el cual, por un lado, las voces *contraseña* y *presunción* no se encuentran, y por otra, las voces *testigo, documento* o hasta *cosa,* en orden a las pruebas, se usan empíricamente: *testigo* se llama en él únicamente al tercero, no también a las partes (arts. 244 y sigtes.); *documento* se emplea a menudo con significado incierto (cfr. art. 670, n. 2), en particular en la frase "los actos y los documentos" (cfr. art. 369[2], n. 4), o en la de "el poder y los documentos" (arts. 165 y sigtes.), donde también lo que se entiende por acto o por poder no es más que un documento, razón por la cual esta última palabra tiene un valor más restringido para denotar los documentos no procesales; la locución misma de *cosa inmueble,* alternativamente empleada con *lugar* (art. 258), adquiere un significado oscuro.

167. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS SEGÚN LA PROVENIENCIA.

Desde el punto de vista del empleo de las pruebas en el proceso, tiene notable importancia la distinción entre pruebas *provenientes de las partes* y pruebas *provenientes de terceros.*

La teoría general enseña que las pruebas, desde el punto de vista estático, son *personas* o *cosas*; las personas pueden ser *las mismas partes* o bien *terceros*; las cosas pueden estar en *propiedad de las partes o en propiedad de terceros.*

La importancia de esta distinción se muestra desde el lado de la *disponibilidad de las pruebas*: puesto que el buen resultado del proceso depende de que el juez tenga a su disposición las pruebas necesarias para la valoración de los hechos jurídicos relevantes para la composición de la litis o para la gestión del negocio, se predisponen los medios idóneos para procurarle la disponibilidad de ellas; de tales medios se hablará en el título siguiente, a propósito de las relaciones jurídicas procesales; entonces se verá cómo precisamente

tales medios son distintos según que las pruebas provengan de las partes o provengan de terceros.

Las partes suministran pruebas al juez, no sólo con las declaraciones que hacen o con las cosas que exhiben, sino también con la actitud que guardan en el proceso, de la cual el juez "puede deducir argumento de prueba" (art. 116[2]), o sea, las presunciones simples de que habla el art. 2729 del Código civil.

168. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS SEGUN LA INSPECCION.

El juez como cualquier otra persona, se sirve de las pruebas ante todo sometiéndolas a inspección (*infra,* n. 307); después, haciendo la valoración de ellas.

Hay pruebas que *están a disposición del juez en forma que pueda él hacer o renovar su inspección como y cuando le plazca*; tales son los objetos muebles que pueden serle entregados para que se sirva de ellos durante el proceso.

Hay otras que *no se prestan a ser inspeccionadas de cualquier modo y en cualquier momento*; tales son la parte misma, un testigo o una cosa inmueble, a cuya inspección veremos que se dedica una fase particular del procedimiento (*infra*, ns. 433 y sigtes.).

Las primeras suelen llamarse pruebas *constituidas* o *preconstituidas*, las segundas pruebas que *deben constituirse*, entendiéndose por constitución el acto mediante el cual una persona o una cosa despliega su función probatoria.

La importancia de esta segunda distinción se hará patente en el segundo libro, cuando hablemos del procedimiento, a propósito de la inspección (*recepción* de las pruebas).

169. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS SEGUN LA RECEPCION.

Puesto que, como diremos, la inspección de las pruebas que deben constituirse se llama ***recepción*** (*infra*, n. 307), la distinción a que aquí aludimos, atañe únicamente a dicha categoría de pruebas.

Entre las pruebas que hay que constituir, hay algunas *cuya particular eficacia* (*infra*, n. 170) *proviene del modo de*

su recepción; así ocurre con el testimonio de las partes, el cual veremos que puede ser provocado de modos particulares, que se llaman *interrogatorio formal* (arts. 228 y sigtes.; *infra*, n. 413) o *juramento* (arts. 233 y sigtes.; *infra*, ns. 443 y sigtes.). Según esta observación, las pruebas que deben ser constituidas se distinguen en *pruebas formales*, o mejor, *solemnes*, y *pruebas simples*; pruebas que deben ser constituidas y que podemos llamar formales o solemnes, sólo son el llamado *interrogatorio formal* (art. 230) y el *juramento* (artículos 233 y sigtes.) *de las partes*.

170. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS SEGUN LA VALORACION [3].

Finalmente, hay pruebas *cuya valoración puede hacerla el juez según reglas de experiencia libremente elegidas por él*; y hay otras *que deben, en cambio, ser valoradas según reglas establecidas por la ley*. A la luz de este criterio, se distinguen las *pruebas libres* y las *pruebas legales*.

Pruebas legales son todas aquellas que el juez no puede valorar libremente.

El vínculo que la ley impone a la libertad del juez, puede ser *negativo* o *positivo*, en el sentido de que de ciertas pruebas no se debe fiar, o en el de que de ciertas otras debe fiarse.

En el primer caso se habla de *pruebas inadmisibles:* por ejemplo, la demostración de ciertos hechos no puede ser suministrada por testigos.

En el segundo caso se habla de *pruebas privilegiadas:* por ejemplo, la confesión hecha por la parte al juez debe ser en todo caso creida por éste.

También las normas relativas a la eficacia legal de las pruebas, positiva o negativa, pertenecen al derecho material; ello no excluye que alguna haya sido situada en el Código de procedimiento civil (ejemplo, art. 228, que define la confesión judicial; art. 442², que atribuye valor de prueba plena al informe del inspector corporativo en el proceso individual del trabajo; art. 439¹; art. 621); ello depende del hecho de

(3) FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Cedam, 1940.

que no es posible una separación rigurosa de las normas materiales respecto de las normas procesales en la formación de los conjuntos legislativos.

171. CONCURSO DE LAS PRUEBAS (4).

Para un solo hecho jurídico puede ser suministrada más de una prueba, tanto del mismo género (varios testigos, varios documentos, varias presunciones), como de géneros distintos (documentos y testigos; testigos y presunciones, etc.). En tal caso, hay *concurso de pruebas*.

Según que *las pruebas concurrentes se refuercen entre sí* o bien *se contrasten*, el concurso de pruebas se distingue en *acumulación* y *conflicto de pruebas*.

El conflicto de pruebas presenta las dos figuras de la *prueba directa* y de la *prueba contraria*. Dícese directa una prueba *cuando se la adopta para demostrar la verdad*, y dícese contraria *cuando se la adopta, en cambio, para demostrar la falsedad de una alegación*.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS TITULOS (5)

SECCION I. — DE LOS TITULOS EJECUTIVOS (6)

172. FUNCION DEL TITULO EJECUTIVO.

A diferencia del proceso de cognición, el proceso de ejecución sirve, no ya para declarar o constituir la certeza, sino

(4) DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Milano, Giuffrè, 1951.

(5) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 391; CICU, *In difesa del titolo di stato*, en *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1950, pág. 285.

(6) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 821; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 281; REDENTI, *Profili*, pág. 620; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 575; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 424; SATTA, *Teoria e pratica*, págs. 47 y 148; LUGO, *Manuale*, pág. 238; SATTA, *Esecuzione forzata*, Torino, Utet, 1950, pág. 23; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, págs. 65 y 136.

para actuar una situación jurídica, es decir, para obtener la conformidad de lo que es con lo que debe ser el derecho (*supra*, n. 36); por eso, *mientras basta la pretensión para que opere el proceso de cognición, en cambio, para poner en movimiento el proceso de ejecución es necesario el derecho, o mejor, la pretensión conforme al derecho.* La consecuencia que habría que sacar de ello es que, al proceso ejecutivo tendría que preceder el proceso cognitivo, a fin de establecer dicha conformidad.

Pero si hay casos en que la ventaja proveniente de la precedencia del proceso de cognición sobre el proceso ejecutivo no está conexa a inconveniente sensible alguno, razón por la cual se la puede establecer (piense el lector, no sólo en el proceso penal, sino en la ejecución de la sentencia que declara la certeza de la falsedad de un documento; cfr. art. 227[1]), tal precedencia no siempre sería oportuna en el sentido de que no se puede exigir que el proceso de cognición esté agotado, ni a veces hasta que sea iniciado, para que en favor de una situación jurídica activa se lleve a cabo la ejecución forzada, a propósito de lo cual debe considerarse la urgencia que frecuentemente se presenta para obtener la conformidad entre el hecho y el derecho: la hipótesis clásica la suministra el crédito alimentario, el cual, si para hacerlo valer en sede ejecutiva contra el deudor que se resiste hubiera que esperar a una sentencia que hubiese pasado en cosa juzgada, correría el riesgo de no servir ya para nada. Ahora bien, sabido es, y lo veremos mejor más adelante, que para obtener un buen resultado del proceso de cognición se necesita tiempo: el mismo procedimiento de primer grado tiene a menudo, pese a toda buena voluntad, una larga duración; este inconveniente aumenta desmesuradamente si se tiene en cuenta la renovación del procedimiento por vía de impugnación (*infra*, n. 518); por otra parte, hay impugnaciones cuya posibilidad nunca se puede excluir, por lo cual esperar a la terminación total del proceso de cognición significaría renunciar al proceso ejecutivo. Esta dificultad se supera sustituyendo la *certeza absoluta* o *certeza verdadera y propia* de la conformidad de la pretensión con el derecho, para que se pueda proceder

a la ejecución forzada, por una *certeza relativa*, o *cuasi certeza*, en forma que, si no siempre, por lo menos en el promedio de los casos, se evite la ejecución injusta, es decir, la ejecución al servicio de la pretensión injusta; los pocos casos en que, no obstante, la ejecución forzada se haga injustamente, representarán el costo mínimo de la solución de un contraste que de otra manera no se puede superar; cuando se verifican, o la oposición al procedimiento ejecutivo consigue detenerlo (*infra*, ns. 811 y sigtes.), o a restablecer la justicia se provee mediante la restitución y el resarcimiento del daño.

Lo que da acerca de la justicia de la pretensión la certeza necesaria para que se pueda proceder a la ejecución forzada, es el *título ejecutivo:* y no se necesita otra cosa para comprender la fórmula del art. 474: "la ejecución forzada no puede tener lugar más que en virtud de un título ejecutivo"; la función del título ejecutivo aparece así análoga a la del billete sin el cual no se puede viajar por ferrocarril.

173. ESTRUCTURA DEL TITULO EJECUTIVO.

El objeto que tiene la función recién delineada, *es un documento que el acreedor, a fin de obtener la ejecución forzada, debe presentar al oficio judicial*, lo mismo que el viajero debe presentar el billete al personal de ferrocarriles; que el título ejecutivo sea, por tanto, un documento y no un acto, como por mucho tiempo se creyó, está puesto en claro por este simple parangón.

Tal documento está provisto de una particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que en él está representada, la certeza necesaria para que se la actúe mediante la ejecución forzada; basta ello para concluir que es *un documento que hace prueba legal*, o en otra forma, que es *una prueba legal* (*supra*, n. 160); pero esta definición no expresa completamente su carácter. Lo cierto es, que mientras la prueba legal simple u ordinaria, sólo vale para establecer la verdad de un hecho, o mejor, para suministrar la certeza de la existencia de un hecho, pero no la de una si-

tuación jurídica, o sea, del efecto jurídico de tal hecho, este documento procura, en cambio, también dicha certeza; semejante eficacia del documento está bien expresada por la fórmula de la ley, en la cual se habla de "obligación resultante del título ejecutivo" (art. 480[1]); ello quiere decir que mientras si el acreedor presentase ante el oficio un *quirógrafo de deuda* reconocida o verificada, el oficio tendría la la certeza de que ha ocurrido un hecho constitutivo de la deuda, pero no también que un hecho impeditivo o extintivo no excluya, sin embargo, la existencia de esa misma deuda, si en vez de aquél presentase una letra de cambio (que pronto vamos a ver es un título ejecutivo; *infra*, n. 174), se le procura también esta ulterior certeza.

Los documentos provistos de esta intensísima eficacia probatoria se llaman *títulos legales* (*supra*, n. 170); una especie de ellos está constituida por los *títulos ejecutivos*.

174. CLASIFICACION DE LOS TITULOS EJECUTIVOS.

De la enumeración de los títulos ejecutivos que se lee en el art. 474[2], resulta que son de dos especies, *judiciales* o *extrajudiciales*, según que sean formados en juicio o fuera del juicio.

Son títulos ejecutivos judiciales "las sentencias y las providencias a las cuales atribuye expresamente la ley eficacia ejecutiva" (art. 474[2], n. 1); esta fórmula debe rectificarse en el sentido de que *el título está constituido no ya por el acto* (sentencia o providencia), *sino por el documento del acto*, esto es, por el documento del cual resulta una sentencia u otra providencia a la cual atribuye la ley eficacia ejecutiva. También las palabras "atribuye expresamente la ley eficacia ejecutiva" deben entenderse en el sentido de *que aunque la atribución no se haga con una fórmula especial, puede hacérsela mediante un conjunto de normas de las cuales se infiere que el documento debe tener tal eficacia*; en efecto, las providencias a las cuales ella compete y le es reconocida mediante una fórmula especial, son muy pocas; mientras que, por ejemplo, del acta de conciliación (*supra*, n. 61) se dice que

es título ejecutivo (arts. 185[3], 322[1]) y una fórmula análoga puede encontrarse en cuanto al decreto de inyunción (artículo 647[1]; *supra*, n. 41), no hay ninguna que reconozca ejecutoriedad a la providencia de secuestro y tampoco a la sentencia de apelación, de las cuales la ejecutoriedad resulta de la interpretación del conjunto de normas que a ellas se refieren: si los arts. 677 y sigtes. disponen acerca de la ejecución del secuestro no convalidado, ello quiere decir que la correspondiente providencia debe tener eficacia ejecutiva y si, entre otras cosas, la ley dispone acerca de la suspensión de la ejecución de la sentencia de apelación cuando sea impugnada en casación o en revocación (arts. 373, 401), ello quiere decir, asimismo que es ejecutiva; por otra parte cuando el art. 689, en materia de denuncia de obra nueva o de daño temido (*supra*, ns. 46 y sigtes.) habla de *providencias inmediatas*, y el art. 691, en caso de contravención a la prohibición del juez "de llevar a cabo el acto dañoso o de modificar el estado de hecho", admite que el juez disponga mediante ordenanza la restitución al primitivo estado, resulta claramente en la ley que la ejecutoriedad de tales providencias *inest in re*.

Son títulos ejecutivos extrajudiciales "las letras de cambio, así como los otros títulos de crédito y los actos a los cuales atribuye expresamente la ley la misma eficacia" (artículo 474[2], n. 2) y "los actos autorizados por notario o por otro oficial público facultado por la ley para recibirlos" (artículo 474[2], n. 3); también éstas, e incluso éstas, más todavía que la anterior (art. 474[2], n. 1), son fórmulas imperfectas a cuyo esclarecimiento y rectificación tiene que proveer el intérprete: la inexactitud no es únicamente la de considerar como título el acto en vez del documento, la cual se agrava todavía en el contexto del art. 474[2], n. 2, en que se habla de *letras de cambio, otros títulos de crédito* o *actos*, cuando ni la letra de cambio ni, en general, el título de crédito es un acto; más grave es que en el art. 474[2], n. 3, se hable de "actos autorizados... por... oficial público facultado para recibirlos", y hasta, según las palabras muy exactas, por lo demás, del art. 2699 del Cód. civ., de "oficial público autorizado para atribuirles fe pública en el lugar donde se formó

el acto"; el error se contenía sin duda ya en el art. 554, n. 3, del código abrogado, pero habiéndolo ya denunciado la doctrina, que distinguió los *documentos públicos en sentido amplio* de los *documentos públicos en sentido estricto* y precisó que estos últimos únicamente constituyen título ejecutivo, podía fácilmente haberse evitado.

La ley, que atribuye al documento extrajudicial eficacia de título ejecutivo, aunque tenga naturaleza procesal, se encuentra a menudo fuera del Código de procedimiento civil: véanse el art. 63 de la ley cambiaria del 14 de diciembre de 1933, n. 1669; el art. 55 del decreto del 21 de diciembre de 1933, n. 1736, sobre el cheque bancario; el art. 45 de la ley del 20 de marzo de 1913, n. 272, sobre las bolsas de comercio.

Entre los títulos *judiciales* y los títulos *extrajudiciales* está constituida una especie intermedia por los títulos que, aun sin representar una providencia judicial, son documentos formados o por lo menos verificados por el oficio judicial: tales son, entre otros, el *acta de composición judicial* (artículo 185[3]), el *acta de conciliación sindical homologada por el pretor* (art. 432[2]), el *laudo de los árbitros* (art. 825[3]); véase, además en cuanto a un caso en que el título está constituido por el acta de la conciliación ocurrida ante el consultor técnico, a la cual se agrega un decreto del juez, el art. 199[2].

175. CONTENIDO DEL TITULO EJECUTIVO.

El título ejecutivo, es, por tanto, un *documento que representa una declaración imperativa* (*infra*, n. 294) *del juez o de las partes*; tal es la sentencia o la declaración del que emite el título de crédito o la declaración hecha ante el notario por el comprador cuando promete el pago del precio. Puesto que tal declaración es un acto, con el intercambio acostumbrado entre el continente y el contenido y, por tanto, entre el documento y el acto que en él está representado, se explica la costumbre corriente de considerar como título el acto en vez del documento, costumbre a la cual ha cedido también el nuevo legislador en la fórmula del art. 474[2]: en

el n. 1 la palabra "sentencia" o la palabra "providencia", es ambigua, pudiéndose entender según el uso que signifique tanto el acto como el documento; en el n. 2 al hablar de la letra de cambio y del título de crédito, la ley alude claramente al documento, no al acto; en el n. 3, en cambio, con la locución "actos autorizados por notario" (cfr. art. 804), vuelve a considerar como título el acto documentado.

Cuál declaración deba ser representada por el documento para que éste constituya título ejecutivo, se dice en el artículo 474[2], y en las normas a que remite; por ejemplo, cuando en él se habla de sentencia, se entiende que el documento debe contener una sentencia, y cuando en él se habla de letra de cambio se entiende asimismo que la declaración documentada debe responder a los requisitos cambiarios. Sólo el n. 3 del art. 474[3] emplea para designar el contenido del título constituido por un documento público la voz genérica "acto", que debe ser sometida a interpretación restrictiva, toda vez que los actos que el notario *autoriza* son normalmente las declaraciones negociales; a diferencia del antiguo art. 554, n. 3, el nuevo código admite que constituye título ejecutivo el documento público aunque no contenga una declaración contractual (es decir, una declaración comprendida en un contrato); lástima que la modificación así aportada por el nuevo artículo a la vieja fórmula haya sido olvidada a propósito del documento público extranjero en el art. 804, en el cual se continúa, en cambio, hablando de actos contractuales.

No basta que el documento contenga una de las declaraciones de voluntad enumeradas por el art. 474[2] para que constituya título ejecutivo; es necesario, también, según el artículo 474[1], que la declaración a su vez tenga tal contenido que resulte de él ante todo *aquel derecho*, o mejor, *aquella relación jurídica, que mediante la ejecución forzada debe ser puesta en acto* (*supra*, n. 37); esta observación tiene particular importancia respecto de la transformación forzada, en el sentido de que, entre otras cosas, para obtener la ejecución de la obligación de no hacer (*supra*, n. 39), no basta que el título declare cierta la obligación misma, sino que debe ser declarada cierta su obligación de destruir lo que, en violación

de aquella obligación, se ha hecho (cfr. art. 691; *infra*, n. 805).

El derecho resultante del título debe ser "cierto, líquido y exigible". El derecho *es cierto cuando el título no deja duda acerca de su existencia; es líquido cuando el título no deja duda acerca de su objeto; es exigible cuando el título no deja duda acerca de su actualidad.* Los caracteres, pues, de cierto, líquido y exigible, son cualidades que se reflejan sobre el derecho desde el título ejecutivo, o mejor, cualidades de cuya existencia se juzga según el título ejecutivo. Tanto el carácter de cierto como el carácter de líquido, y en particular el de exigible, *deben verificarse en el momento en que se inicia la ejecución forzada, no en aquel en que se forma el título*; por eso, en particular, no es inexigible el derecho que según el título está sujeto a condición o a término si en el momento de la ejecución se ha verificado la condición o ha vencido el término; por esa razón puede constituir título ejecutivo la declaración de certeza de una obligación futura (llamada impropiamente *condena en futuro*).

Cuando el título ejecutivo está constituido por el documento público previsto por el art. 474[2], n. 3, no sólo no debe resultar un derecho cierto, líquido y exigible, *sino también un derecho que tenga por objeto una suma de dinero*; en cuanto a los derechos que tienen por objeto una cosa diversa, al documento le falta un requisito (de contenido) necesario para constituir el título ejecutivo.

Puede ocurrir que la declaración que constituye el contenido necesario del título ejecutivo no resulta enteramente de un solo documento; una hipótesis de esta índole se verifica en cuanto a los *títulos ejecutivos extranjeros* y puede verificarse por vía de la *sentencia interlocutoria.*

La sentencia extranjera no tiene eficacia en Italia si no es reconocida (*supra*, ns. 68 y sigtes.); asimismo el documento público extranjero, para constituir título ejecutivo, está sujeto al juicio de reconocimiento (art. 804), consistente en una sentencia de la corte de apelación que establece la certeza de que la declaración representada en el documento no es contraria al orden público italiano y que el documento

tiene cualidad de título ejecutivo según la ley del Estado al cual pertenece el oficial que lo ha formado. En el primer caso, puesto que el título ejecutivo está constituido por el documento de la sentencia que declara cierto el derecho, entra a formarlo el documento de la sentencia extranjera, pero como ésta no tiene eficacia sino en cuanto sea reconocida, concurre a formarlo el documento de la sentencia de reconocimiento (art. 797[2]); en el segundo caso, asimismo, puesto que el título consiste en el documento que representa la declaración de voluntad, entra a formarlo el documento público extranjero, pero como éste no tiene eficacia, sino en cuanto sea reconocido, concurre a integrarlo el documento de la sentencia de reconocimiento.

Una hipótesis análoga puede verificarse cuando la declaración de certeza del derecho, con los requisitos de los caracteres de cierto, líquido y exigible, se fraccione en varias sentencias sucesivas (*infra*, n. 480), pero no, en cambio, cuando una sentencia haya sido reformada por otra en sede de impugnación (*infra*, n. 542), porque la segunda sentencia sustituye a la primera, a la cual le quita toda eficacia; no se excluye que en cuanto la parte dispositiva de la segunda se exprese *per relationem*, sea necesaria la primera para interpretar la segunda, pero el título está siempre constituido únicamente por el documento de la sentencia pronunciada en sede de impugnación.

176 MODO DEL TÍTULO EJECUTIVO.

El título ejecutivo está constituido por el documento *original* o por una *copia* de él, según que el original no deba o deba ser conservado en un *archivo público*, puesto que la hipótesis afirmativa se verifica respecto de los documentos previstos por el art. 474[2], ns. 1 y 3, sólo en cuanto a los títulos de crédito el título ejecutivo consiste en el original.

Puesto que de un original custodiado en un archivo público se pueden obtener varias copias, si cada una de ellas tuviese por sí eficacia de título ejecutivo, surgiría de ello el peligro de una indisciplinada pluralidad de procedimientos

ejecutivos; a fin de evitar ese peligro la copia no constituye título ejecutivo sino en cuanto esté provista de la "fórmula ejecutiva" (art. 475[1], cuyo contenido está descrito por el artículo 475[3-4]; cfr. art. 153, de las disp. de aplicación).

Naturalmente, la fórmula no puede ser puesta más que a favor del sujeto activo del derecho que resulta del documento (art. 475[2]); y no puede ser puesta a más de una copia sin justificado motivo (art. 476[1]); por eso, la posición de la fórmula en una copia ulterior debe ser consentida mediante decreto del jefe del oficio que pronunció la providencia, o en otros casos por el presidente del tribunal en cuya circunscripción se formó el título (art. 476[2]; cfr. art. 154, de las disp. de aplicación).

177. EFICACIA DEL TITULO EJECUTIVO (7).

El título ejecutivo *no vale sino a favor de la persona que es sujeto activo del derecho que de él resulta, o de sus sucesores* (art. 475[2]) *y contra la persona que es el sujeto pasivo de él, o contra sus herederos* (art. 477[1]), a propósito de lo cual nótese la diferencia entre la fórmula del art. 475[2], en el cual se habla en general de *sucesores*, y la del art. 477[1], en que se habla, por el contrario, de *herederos*; el título ejecutivo, por consiguiente, favorece, pero no perjudica, al sucesor particular de la persona que en él se indica; la diferencia se explica por el distinto régimen de la sucesión particular en la relación jurídica activa o pasiva; por lo demás, si el título ejecutivo es una sentencia, vale también contra el sucesor a título particular (art. 111[4]; *infra*, n. 503); a su vez la diferencia bajo este aspecto entre la sentencia y los otros títulos ejecutivos, se debe a las mayores garantías que ella presenta.

Si la eficacia ejecutiva de la providencia representada en el documento está subordinada a caución, naturalmente para que dicho documento sea título ejecutivo debe presentarse la caución; de la prestación, el oficial que ha expedido la copia ejecutiva (*supra*, n. 176), hace anotación al margen

(7) LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1934, I, pág. 127.

o al pie del título, o bien deja constancia mediante documento separado (art. 478).

SECCION II. — DE LOS TITULOS DE INYUNCION (8)

178. FUNCION DEL TITULO INYUNTIVO.

Puesto que también el proceso de inyunción, como el proceso de ejecución, aunque menos intensa o inmediatamente que éste, sirve para actuar una relación jurídica, no ya para declararla cierta (*supra*, ns. 40 y sigtes.), *para que opere, no basta la pretensión, sino que es necesaria la pretensión conforme al derecho*; de ahí la equiparación entre los dos tipos de proceso bajo el aspecto de la exigencia de un título del cual resulte al oficio para que pueda operar, dicha conformidad, es decir, la existencia de la relación jurídica a cuya actuación debe servir el proceso. Desde este punto de vista se perfila el *genus commune*, a que pertenecen el título ejecutivo y el título inyuntivo.

Pero el proceso de inyunción difiere del proceso de ejecución en que no sirve para la actuación inmediata de la relación jurídica correspondiente a la pretensión, sino para actuarla mediatamente a través de la formación de aquel título ejecutivo en que consiste la inyunción (*supra*, n. 40); desde este otro punto de vista, por tanto, se muestra la *differentia specifica* entre ambas especies de título, en el sentido de que el título inyuntivo no sirve directa, sino indirectamente, para la actuación de la pretensión, precisamente el título inyuntivo sirve para obtener el título ejecutivo; se asemeja, por tanto, a uno de esos *bonos* que se emplean en el comercio como medios preparatorios para la entrega de un billete de teatro o de transportes; en relación al proceso de ejecución podría llamarse un *título ejecutivo indirecto*, o también un *subtítulo ejecutivo*.

(8) CARNELUTTI, *In difesa del titolo ingiuntivo*, en *Rivista di dir. proc.*, 1956, I, pág. 189.

Puesto que el título inyuntivo vale menos que el título ejecutivo, cuesta también menos; en otras palabras, no es necesario que el documento, para que sea título inyuntivo, presente los caracteres rigurosos que son necesarios para constituir el título ejecutivo; por ejemplo, mientras un quirógrafo no tiene nunca eficacia de título ejecutivo, puede tener, en cambio, la de título inyuntivo (*infra*, n. 182). Este menor rigor, o podríamos decir, esta menor dignidad del título inyuntivo ha oscurecido hasta ahora su figura, al punto de que la ciencia no ha sabido definirla, colocándolo, a modo de hermano menor, al lado del título ejecutivo; y naturalmente, en la misma oscuridad ha quedado también la figura por obra de la legislación. Así ha ocurrido que mientras para el proceso de ejecución el art. 474 enuncia la existencia del título ejecutivo, una fórmula análoga debería encontrarse, pero no se encuentra, en el art. 633, en el cual, en vez de título, se habla simplemente de *prueba escrita*, e incluso para quien se detenga en su letra, parece que en cuanto a ciertas pretensiones se pueda hasta obtener la inyunción sin dicha prueba (art. 633[1], ns. 2 y 3). Pero una breve reflexión persuade, por un lado de que sin prueba escrita no puede obtenerse nunca la inyunción y, por otro, que la que la ley denomina *prueba escrita*, es ciertamente una prueba (ya que en sentido lato lo son todos los títulos; *supra*, n. 164), pero tiene la función específica del título legal.

En efecto, sería un error creer que para los créditos de honorarios y gastos previstos por los ns. 2 y 3 del art. 633[1], la inyunción pueda ser pronunciada sin *prueba escrita*; dentro de poco veremos cómo quien requiere la inyunción tiene que presentar la *nota* y el *dictamen*, que son verdaderos y propios documentos necesarios según la ley para el pronunciamiento de la inyunción (art. 636; *infra*, n. 181); bajo este aspecto la fórmula del art. 633 no sólo es poco clara, sino también poco correcta.

Por otra parte, cuando existe una de las pruebas previstas por la ley (*infra*, n. 182), *no se necesita más para que se pronuncie la inyunción*, en lo cual se muestra precisamente la eficacia del título; en otras palabras, la prueba no sólo

sirve para la demostración de un hecho cuya valoración jurídica sea libre para el juez, razón por la cual a pesar de la demostración pueda rehusarse la inyunción; de esta libertad goza el juez en el proceso de cognición, no en el proceso de inyunción; por tanto, aunque tenga razón para creer, por ejemplo, que los honorarios pretendidos por el defensor y considerados justos por el síndico (art. 636[1]) son excesivos, podrá reducirlos mediante la sentencia si se hace oposición que inicie el proceso de cognición (*supra*, n. 40; *infra*, número 864), pero en sede de inyunción "tiene que atenerse al dictamen" (art. 636[2]), esto es, que pronunciar según el título; por eso dice el art. 641[1] que "si existen las condiciones previstas en el art. 633, el juez... *ordena a la otra parte que pague la suma o entregue la cosa o la cantidad de cosas pedidas*", negándole todo otro control que no sea el de las "condiciones previstas por el art. 633", es decir, del título inyuntivo. En armonía con el art. 641 dispone el art. 640[1] que "el juez, si considera insuficientemente justificada la demanda, dispone que el secretario dé cuenta de ello al recurrente, *invitándole a proveer a la prueba*"; la insuficiente justificación de la demanda no puede consistir en otra cosa que en el *defecto del título inyuntivo*, por lo cual el juez debe invitar al recurrente "a proveer a la prueba", esto es, a producir un título suficiente, producido el cual no se necesita más para que se aplique el art. 641.

179. ESTRUCTURA DEL TÍTULO INYUNTIVO.

Al igual que el título ejecutivo, así también el título inyuntivo es un *documento*. El art. 633[1] habla de "prueba escrita", fórmula que no equivale a la de *prueba documental* (*supra*, n. 166), en el sentido de que la prueba escrita es una especie del género prueba documental; la noción de documento es más amplia que la de escritura, lo cual lo toma en cuenta el mismo código civil, comprendiendo las llamadas "reproducciones mecánicas" (*rectius, documentos directos*; art. 2712) en el capítulo dedicado a la *prueba documental*; hay que considerar, pues, habida cuenta de la eficacia atri-

buida por la ley a los documentos no escritos (art. 2712, Cód. civ.), que no cualquier documento, sino sólo un *documento escrito*, puede constituir *título inyuntivo*.

El título es siempre un documento y nada más que un documento, cualquiera que deba ser su contenido (*infra*, número 181); como lo he hecho notar (*supra*, n. 178), también respecto de las pretensiones previstas por el art. 633[1], ns. 2 y 3, se requiere el título inyuntivo, y éste no es más que una escritura; dice el art. 636 que en tales casos "la demanda debe ir acompañada de la planilla de gastos y prestaciones, provista de la firma del recurrente" y la *nota firmada* es precisamente un documento escrito; escrito debe ser, asimismo, "el dictamen de la competente asociación profesional", si el art. 636 agrega que la demanda debe ir "con ese dictamen".

Precisamente el título inyuntivo es un documento (escrito) dotado de una particular eficacia, la cual consiste en que el juez *debe inferir de él la existencia de la relación jurídica correspondiente a la pretensión a los fines de la inyunción, salvo su control mediante el proceso de cognición en cuanto éste sea provocado con la oposición* (*infra*, n. 864).

180. CLASIFICACION DE LOS TITULOS INYUNTIVOS.

También los títulos inyuntivos, como los títulos ejecutivos, se pueden distinguir en *públicos* y *privados*, según sean o no formados en el ejercicio de una función pública o de un servicio público; el ejemplar más común del título inyuntivo público es el llamado *acto público* (art. 2699, Cód. civ.); considérese bajo este aspecto el *acta de no conciliación sindical* (*infra*, n. 650), a la cual atribuye el art. 432[3], el valor de título inyuntivo; el ejemplo es útil también para demostrar la inferioridad del título inyuntivo en comparación con el título ejecutivo (*supra*, n. 178), ya que sólo cuando la conciliación se haya logrado constituye el acta título ejecutivo, si se ha realizado el depósito previsto por el art. 431[2]. Títulos inyuntivos privados son las diversas escrituras privadas (art. 2702, Cód. civ.) previstas por la ley (*infra*, número 182).

Según otro criterio, deben distinguirse los títulos inyuntivos *heterógrafos* y los títulos *autógrafos*, indicándose con ello los títulos formados por una persona distinta de quien propone la pretensión o formados por ella misma. Esta distinción se funda en una distinción análoga que puede tratarse en el conjunto de las pruebas escritas, las cuales son autógrafas siempre que provienen de quien se sirve de ellas. El lector encontrará un interesante ejemplo de título inyuntivo autógrafo en las *notas* de los honorarios y de los gastos previstas por el art. 636; y reflexionará también sobre la amplitud con que se admiten títulos inyuntivos autógrafos, comparando el art. 634[2], con el art. 2710 del Cód. civ., comparación de la cual resulta que tiene eficacia de título inyuntivo una prueba escrita, por más que esté desprovista de valor de prueba legal (en el proceso de cognición; *libros del empresario*, en cuanto resulte de ellos un crédito de él frente a un no empresario: *infra*, n. 182).

Bajo otro aspecto se puede distinguir entre títulos inyuntivos *privilegiados* y títulos inyuntivos *comunes*, comprendiendo en la primera categoría los títulos a base de los cuales debe concederse a la inyunción la *ejecución provisional* (*rectius, inmediata; infra*, n. 865; art. 642); la comparación entre el art. 642 y el art. 474 muestra que la cualidad de título inyuntivo privado corresponde a los documentos que tienen valor de título ejecutivo (*supra*, ns. 172 y sigtes.).

Finalmente, conviene contraponer a los títulos inyuntivos *simples* los títulos *complejos*; esta última denominación sirve para indicar aquellos casos en que para *obtener la inyunción es necesario más de un documento*; tal es la hipótesis prevista por el art. 636[1] en relación con el art. 633[1], ns. 2 y 3, ya que la *nota* es necesaria, pero no siempre es suficiente, debiéndose agregar el *documento que contenga el dictamen de la asociación profesional competente*.

181. CONTENIDO DEL TITULO INYUNTIVO.

A diferencia del título ejecutivo (extrajudicial), el título inyuntivo no siempre representa una declaración negocial

(*supra*, n. 175); su contenido está constituido por un *hecho jurídico al que la ley atribuye eficacia para engendrar el derecho al pago de una suma de dinero o a la entrega de una cantidad de cosas fungibles o de una cosa mueble* (art. 633[1]).

Tal hecho debe ser representado de modo que *se excluya toda falta de certeza acerca del objeto del derecho*; por eso, si el legislador se hubiese dado cuenta del parentesco entre título ejecutivo y título inyuntivo, hubiera dicho que de éste debe resultar un derecho *líquido* (cfr. art. 474[1]; *supra*, número 175); en vez del *carácter líquido del derecho*, la fórmula del art. 633[1] requiere el *carácter líquido de la suma de dinero* o la *determinación de las otras cosas debidas*.

Aunque, siempre a causa de la no conexión entre el artículo 474 y el art. 633, al lado del carácter líquido la ley no menciona el *carácter de exigible* como requisito de contenido del título inyuntivo, acerca de este otro requisito no puede surgir duda alguna más que si del título no resultase la *exigibilidad* del derecho (*supra*, n. 175), la inyunción del cumplimiento no podría hacerse.

En cambio, a diferencia del título ejecutivo no se puede considerar que el título inyuntivo deba representar el derecho como *cierto*, puesto que según el art. 633[2] "la inyunción puede ser pronunciada aun cuando el derecho dependa de una contraprestación o de una condición, siempre que el recurrente ofrezca elementos (*rectius*, pruebas) idóneos para hacer presumir el cumplimiento de la contraprestación o la verificación de la condición"; de ello resulta que la demostración de la certeza del derecho, en cuanto implique el cumplimiento de la contraprestación o la verificación de la condición, puede darse con pruebas que no tengan eficacia de título inyuntivo, cuya apreciación debe hacer el juez según las reglas ordinarias; incluso la fórmula de la ley permite al juez pronunciar la inyunción aunque tales pruebas no estén dotadas de la eficacia necesaria para declarar la certeza del derecho en el proceso de cognición, lo cual encuentra su razón en la posibilidad ofrecida por la otra parte de provocar el mismo proceso mediante la oposición.

182. MODO DEL TITULO INYUNTIVO.

Según el art. 633, el título inyuntivo está constituido por una "prueba escrita" es decir, por *una escritura que tenga eficacia de prueba*; pero como toda escritura puede servir de prueba más o menos plena (*supra*, n. 169), se plantea la duda sobre si la ley entiende que la escritura pueda tener eficacia probatoria cualquiera o deba tener aquella eficacia que, según la terminología de la prueba legal, se llama plena (cfr. arts. 2700, 2702, etc., Cód. civ.); esta duda se resuelve en el último sentido porque, siendo el título (legal) una prueba provista de particular valor, no podría consistir en una prueba cualquiera, cuya apreciación se remita a la libre valoración del juez; por lo demás, las normas contenidas en los arts. 634 y sigtes., en cuanto estatuyen algunas derogaciones a las reglas de prueba legal del Código civil, implican la remisión a estas últimas del art. 633. Constituyen, por tanto, título inyuntivo:

a) el *acto público* (art. 2699, Cód. civ.);

b) la *escritura privada firmada*, en cuanto de ella resulte un derecho contra el firmante (art. 2702, Cód. civ.). No es necesario que la firma esté autenticada (art. 2703, Cód. civ.; cfr. art. 431[3]) ni que sea reconocida o verificada (art. 2702, Cód. civ.); la verdad es que la escritura privada no reconocida o verificada no hace plena prueba en el proceso de cognición, pero el efecto que se atribuye a la escritura en cuanto sirve para obtener la inyunción, es menor que el que se resuelve en hacer prueba plena a los fines de la declaración judicial de certeza; la verdad de esta solución está confirmada, por lo demás, tanto por el art. 642, del cual se deduce *a contrariis* que si la firma no está autenticada, reconocida o verificada, la oposición suspende de ordinario la ejecutoriedad de la inyunción, por lo cual el firmante, al promoverla, puede quitar a la inyunción todo efecto, como por el art. 634, en el cual se considera título inyuntivo al telegrama, aunque carezca de los requisitos prescritos por el Código civil y, por tanto, independientemente de la prueba de su proveniencia (*infra, sub c*). Aunque no hubiera necesidad de ello,

el art. 634 precisa que la escritura privada constituye título inyuntivo aunque contenga una promesa unilateral; y es superfluo agregar, ya que de todos modos está confirmado por el art. 642, que entre las escrituras privadas que constituyen título inyuntivo, entran las letras de cambio y los demás títulos de crédito;

c) el *telegrama* no sólo si "el original entregado al oficio de partida está firmado por el remitente (*rectius*, por quien figura en él como remitente), o si ha sido entregado o hecho entregar por dicho remitente, aunque sin firmarlo" (art. 2705, Cód. civ.), pero aun independientemente de tales requisitos (art. 634[1]); ello quiere decir que para obtener la inyunción basta la *copia del telegrama* (art. 2706, Cód. civ.) entregada al destinatario, de la cual resulte un crédito hacia el remitente, aun sin que se suministre la prueba de la firma o de la entrega por parte de él;

d) *las cartas y los registros domésticos*, en los casos previstos por el art. 2707 del Cód. civ.;

e) *los libros contables de las empresas sujetas a registro*, no sólo en cuanto de ello resulte un crédito frente al empresario (art. 3709, Cód. civ.) o un crédito de él frente a otro empresario por relaciones inherentes al ejercicio de la empresa (art. 2710, *ibi*), sino también, si el empresario ejerce una actividad comercial, en cuanto representen un crédito de él suministros de mercancías o de dinero, también a quien no sea empresario (art. 634[2]). A los libros previstos por los artículos 2709 y 2710, Cód. civ., se equiparan "los prescritos por las leyes tributarias"; y "en cuanto a los créditos del Estado o de entidades o institutos sometidos a tutela del Estado... los libros o registros de la administración pública" (*scilicet*, los que la administración pública debe llevar según las normas que la rigen; art. 635[1]). Todos estos libros valen como títulos inyuntivos en tanto en cuanto estén "regularmente llevados" (cfr. art. 2710, Cód. civ.); si no existen, como no existen ya respecto de los libros de los empresarios, en la ley normas que establezcan dicho modo de llevarlos, se entiende que su regularidad debe apreciarse según las normas de la contabilidad. Siguiendo una práctica cómoda, los arts. 634[2] y

635[1] admiten que vale como título inyuntivo, no tanto el libro, cuanto un "extracto auténtico" de él, el cual consiste en la aseveración escrita de un notario o de otro oficial autorizado para ello (art. 635[1]) de que por el libro resultan determinadas escrituras relativas al crédito *de quo agitur:* debe aseverarse también que se lleva con regularidad el libro al cual se requiere el extracto (art. 635[1]);

f) "en cuanto a los créditos derivados de falta de pago a las entidades de previsión y asistencia de las aportaciones concernientes a las relaciones indicadas en el art. 459 son también pruebas idóneas *las verificaciones llevadas a cabo por la inspección corporativa* (del trabajo) *y por los funcionarios de las entidades*" (art. 635[2]); rectificando esta imperfectísima fórmula se obtiene que para lograr inyunción de pago de un crédito referente a la contribución debida a una entidad de asistencia o de previsión obligatoria constituye título la aseveración escrita (la escritura que contiene la aseveración) de un funcionario de la inspección del trabajo o de la misma entidad acreedora de que no ha sido pagada por una determinada persona la contribución debida;

g) finalmente, en cuanto a los créditos concernientes a honorarios o reembolso de costas previstos en los ns. 2 y 3 del art. 633, puede constituir título inyuntivo "la *planilla de los gastos y prestaciones*, acompañada de la firma del recurrente"; si "el monto de las costas y de las prestaciones está determinado a base de tarifas obligatorias" no hay necesidad de más; de lo contrario la nota debe ser "documentada con el *dictamen de la competente asociación profesional*" (artículo 636[1]). El apartado del art. 636 agrega que "el juez... debe atenerse al dictamen dentro de los límites de la suma demandada, salvo la corrección de los errores materiales"; si de ello deduce que el dictamen es eficaz en cuanto al monto de los singulares gastos y prestaciones, según la fórmula del artículo 636[1], y que, por tanto, si el dictamen falta porque tal monto "está determinado a base de tarifas obligatorias", el juez, al fijarlo debe atenerse a ellas, por lo cual el valor de la nota está en que constituye prueba idónea del cumplimiento de los singulares gastos y prestaciones y el valor del dictamen en

que constituye prueba idónea del precio de cada uno de ellos. Especialmente en cuanto al valor así atribuido a la escritura proveniente del mismo acreedor, el art. 636 contiene una norma de favor respecto de los oficiales y profesionales indicados en el art. 633, ns. 2 y 3, la cual se explica con las cautelas que determinan su elección y la vigilancia sobre su conducta.

SUBTITULO CUARTO

DE LOS BIENES (1)

183. BIENES.

En el proceso ejecutivo, definitivo o cautelar, por dación o por transformación, el oficio opera en relación a las partes sobre los bienes: un proceso ejecutivo sin bienes no se puede hacer.

"Bien" está aquí empleado en el sentido de cualquier ente que sea *objeto de derecho* (cfr. art. 810, Cód. civ.).

También la noción de los bienes, como la de las pruebas debe aprenderse por el estudio de la teoría general del derecho. Allí aprenderá el alumno, entre otras cosas, que bien es sinónimo de cosa, sólo a condición de comprender entre las cosas también al hombre, que es objeto de derechos (llamados impropiamente derechos *sobre la persona propia* o *ajena*).

Objeto de derecho quiere decir *objeto de una relación jurídica*, activa o pasiva. Puesto que la teoría general del derecho enseña que relaciones jurídicas no son solamente el derecho subjetivo y la obligación, sino que al lado del primero se ponen la facultad y la potestad y al lado del segundo la carga y la responsabilidad, el concepto de bien debe ser referido a cada una de tales relaciones.

184. BIENES PERSONALES O REALES.

Una distinción que se pone en teoría general del derecho, pero que tiene una importancia de primer orden para la teo-

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 831; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 125; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, págs. 198 y sigtes.; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 157; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, pág. 334.

género en que uno y otro se comprenden, se enseñan en la teoría general. Entendida la responsabilidad como sujeción a la sanción, se distingue la responsabilidad penal de la responsabilidad civil o restitutoria; ahora bien, en cuanto esta última se actúe mediante la expropiación, el objeto de ella, es decir, el bien que a ella está sometido puede ser distinto del bien que es objeto de la obligación: la expresión más común de esa diversidad es que cuando alguien debe dinero y no paga le son por lo común quitados y vendidos, para transformarlos en dinero, bienes distintos de éste, muebles o inmuebles; en este sentido el art. 2740 del Cód. civ., corrigiendo la fórmula impropia del antiguo art. 1948, dice que "el deudor *responde del cumplimiento* de sus obligaciones *con todos sus bienes*...". Por eso, el *proceso civil tiene que hacer, no sólo con los bienes que son objeto de la obligación, sino también con los que son objeto de la responsabilidad.*

De estos bienes, como de las pruebas, el empleo está severamente disciplinado por la ley, en el sentido de que no cualquier bien, como no cualquier prueba puede servir al proceso, ni todos los bienes pueden servir a él en la misma medida. Puesto que, como en su lugar veremos, el acto saliente del proceso de expropiación es el embargo (*infra*, n. 683), la idoneidad de los bienes para ser objeto de responsabilidad por restitución mediante expropiación se llama *pignorabilidad* o *embargabilidad*. Hay bienes que pueden y bienes que no pueden ser embargados; los hay que pueden ser embargados sólo en determinados casos; los hay cuyo precio debe servir preferentemente para la satisfacción de ciertos acreedores; los hay que ciertos acreedores pueden expropiar aunque no pertenezcan al deudor.

La disciplina de la embargabilidad, como la de las pruebas, está destinada a operar sobre todo en el proceso, pero no solamente en él; las reglas que la constituyen, en cuanto dan la medida de la responsabilidad y ésta reacciona naturalmente sobre el valor de la obligación, se aplican continuamente también fuera del proceso; por ejemplo, aquel a quien se requiere a hacer crédito a otro, al estimar la idoneidad del patrimonio de ese otro para suministrarle la garantía, no to-

ma en cuenta únicamente la existencia de bienes en el patrimonio mismo, sino también su embargabilidad. Por tanto, el instituto de la embargabilidad, al igual que el de la prueba legal, no pertenece al derecho procesal, sino al derecho material.

Sin embargo, tratándose de un instituto, en cuanto a su pertenencia, ambiguo, las normas que lo constituyen se encuentran en parte en los códigos de derecho material y en parte en el Código procesal; en el Código civil, se encuentra ya el núcleo principal (arts. 2740 y sigtes.); sin embargo, el Código de procedimiento civil dispone todavía acerca de la embargabilidad de bienes muebles por naturaleza (arts. 514 y sigtes.), de los créditos (art. 525) y de ciertos bienes de la esposa del deudor (art. 622). Esta diversa colocación constituye un defecto de arquitectura legislativa; si la materia de los dos códigos, civil y procesal civil, estuviese distribuida con exactitud, todas las normas en materia de embargabilidad deberían encontrarse en el primero.

TITULO SEGUNDO

DE LAS RELACIONES JURIDICAS PROCESALES (1)

187. RELACION JURIDICA PROCESAL.

El proceso consiste en una actividad de las partes, de los defensores, de los oficiales y de los encargados sobre las pruebas y sobre los bienes: las partes proponen las demandas, los defensores escriben los escritos de comparecencia y pronuncian los discursos, los jueces escuchan, interrogan, ordenan, deciden, los oficiales judiciales notifican los actos, los secretarios forman los procesos verbales (levantan actas), etc. La actividad total resulta de una combinación de actividades individuales. No sería imposible que esas actividades se desarrollaran y se combinaran espontáneamente por simple efecto del interés o de la buena voluntad de los agentes; pero es natural que en un acaecimiento semejante no se puedan contar con seguridad. Si hay que cumplir la función procesal, necesario es procurar la seguridad de ella, a lo cual provee con sus medios el derecho. Así se resuelven en un círculo las relaciones entre derecho y proceso; el proceso sirve al dere-

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 50; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 149; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 870; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 5; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 100; REDENTI, *Profili*, pág. 141; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 120; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 167; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 339; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 315; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 315; LUGO, *Manuale*, pág. 22; LIEBMAN, *Lezioni*, pág. 15; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 147; CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova, Cedam, págs. 7, 81, 99; MORTATI, *Istituzioni di dir. pubblico*, pág. 616; FORTI, *Studi di diritto pubblico*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1937, I, pág. 451; CHIOVENDA, *Saggi*, II, pág. 375; LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, en *Rivista di dir. proc.*, 1950, I, pág. 328.

cho, para su constitución o para su integración; el derecho sirve al proceso garantizando el desenvolvimiento de él.

El servicio que el derecho procura al proceso, consiste en ordenar las actividades de que el proceso se compone, mediante la atribución a cada uno de los agentes de poderes y deberes que tienden a garantizar su realización. Al rendir este servicio el derecho no se aparta de las líneas generales de su función y su estructura.

Lo que amenaza comprometer el desenvolvimiento y el éxito del proceso, es, como siempre, el conflicto entre los intereses de la misma persona o de personas distintas. La parte que propone la demanda, tiene interés en obtener la providencia del juez; pero el juez ¿qué interés tiene en gastar tiempo y fatiga para conocer y decidir? Su interés, manifiestamente, es el de atender a sus propios asuntos. El interés público está en que la parte, cuando propone la demanda, diga la verdad; pero el interés de la parte puede inducirla a decir mentira; del testigo hay necesidad para conocer la verdad; pero su interés puede estimularlo a no comparecer, a callar o a mentir. Estos son los ejemplos más comunes de los conflictos de intereses que constituyen el sustrato económico de todo proceso.

Si cada uno de aquellos cuya obra es necesaria para el proceso fuese más sensible a la ética que a la economía, superaría tales estímulos y obraría para el bien. Desgraciadamente, no pudiéndose contar con esa hipótesis, no hay otro camino que seguir que el de componer tales conflictos por medio del derecho, constituyendo en favor o a cargo de los singulares agentes poderes y deberes: así, por temor a que el juez no quiera decidir o el testigo no quiera responder, se les impone la respectiva obligación y a la parte se le atribuye el recíproco derecho.

Se constituyen de este modo entre ellos relaciones jurídicas cuya pertenencia al proceso se indica llamándolas *relaciones jurídicas procesales.* Tales relaciones pueden equipararse a vínculos constituidos entre los diversos elementos del proceso; con el lenguaje de la anatomía se podría decir que son los nervios del proceso; así como el estudio anatómico

no se agota en la observación de los huesos y de los músculos, tampoco el estudio de la estática procesal sería completo si después del conocimiento de los sujetos y de los objetos no se procurase también el de las relaciones procesales.

Este estudio presupone, naturalmente, una preparación de teoría general, en la cual el alumno debe tomar los conceptos de *relación jurídica* y respectivamente de *poder* y de *deber*, ya que los *poderes* y los *deberes procesales* no son más que variedades de los *poderes* y de los *deberes jurídicos*; por tanto, cuando en las páginas siguientes hablemos de facultad, de derecho subjetivo, de potestad, de carga, de obligación, de responsabilidad, supondremos adquiridas por el lector esas nociones fundamentales. La subordinación que de ello resulta, de la ciencia del derecho procesal a la teoria general del derecho, es fruto de progresos recientes de dicha ciencia; la intuición de que existan junto a relaciones jurídicas materiales relaciones jurídicas procesales es ya antigua, pero al principio y durante mucho tiempo la figura de la relación jurídica procesal fue mal delineada, confundiéndola con la misma del proceso concebido a manera de relación jurídica; hoy el proceso no es ya una relación jurídica, aunque para su desenvolvimiento la ley, atribuyendo a las partes, a los defensores, a los oficiales, a los encargados, a los terceros, poderes y deberes, compone entre ellos relaciones que, puesto que atañen al proceso, son relaciones jurídicas procesales.

SUBTITULO PRIMERO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LOS COMPONENTES DEL OFICIO

188. RELACIONES JURIDICAS CONCERNIENTES AL OFICIO.

Tenemos que aclarar en primer lugar que *sujeto de las relaciones jurídicas no es el oficio, sino el oficial o encargado o el grupo* (colegio) *de oficiales o encargados, cuyo acto determina un cierto efecto jurídico.* Cuando se habla, por ejemplo, de potestad jurisdiccional del pretor o del tribunal, no se quiere decir que la potestad pertenezca simultáneamente a todo el conjunto de funcionarios que constituyen la pretura o el tribunal sino a cada uno de los jueces de dicho oficio, solo o en unión con los demás, según las reglas del juicio singular o colegial. No siendo sujeto de las relaciones singulares, el oficio no es una persona jurídica o compleja, por lo menos en sentido procesal; pero es, en cambio, tal el colegio judicial (*supra*, n. 119).

A los oficiales o encargados del oficio les están atribuidas relaciones jurídicas *activas* o *pasivas*. Entre éstas tienen carácter procesal aquellas cuyo contenido atañe exclusivamente al proceso; por eso aquí no debemos hablar ni de los poderes ni de los deberes que nacen para el juez o, en general, para un oficial del proceso de su cualidad de empleado judicial, cuyo estudio entra en el derecho administrativo; por ejemplo, el derecho al estipendio o la sujeción jerárquica son poderes o deberes comunes a cualquier empleado y no encuentran en el proceso ni la razón de su existencia ni su medida. Asimismo, no tiene carácter procesal la responsabilidad del oficial o del encargado, esto es, la sujeción a la aplicación

de las sanciones consiguientes a la violación de sus obligaciones; la obligación es procesal, pero no así la responsabilidad que de ella se sigue.

Con esta advertencia las relaciones jurídicas procesales de los oficiales o de los encargados deben distinguirse en *potestades, obligaciones* y *derechos subjetivos.*

189. DIVISION.

Entran, según dijimos, en el oficio, tanto los oficiales como los encargados; igualmente, tanto los oficiales investidos de la función juzgadora como aquellos a quienes compete la función requirente (*supra*, n. 116).

Pero como en orden a la diversidad de las funciones los poderes y los deberes de los que integran el oficio, según que pertenezcan a las varias categorías, son diversos, se tratará en este capítulo separadamente de las relaciones jurídicas *del juez y de sus auxiliares* y *del ministerio público.*

Capítulo Primero

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DEL JUEZ Y DE SUS AUXILIARES

SECCION I. — DE LAS POTESTADES (1)

190. POTESTADES DEL JUEZ.

La figura del juez se distingue de las otras, no tanto porque él solo esté provisto de potestades, cuanto por el carácter superior de las que le están atribuidas; su oficio en el proceso se resuelve, si no exclusivamente, sí predominantemente en el

(1) Chiovenda, *Istituzioni*, II, págs. 23, 287; Carnelutti, *Sistema*, I, pág. 583; Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 116; Redenti, *Profili*, pág. 297; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 363; Satta, *Diritto proc. civ.*, pág. 128; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 316; Rocco, *Corso di teoria e pratica*, pág. 431; Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, Cedam, 1927 y 1935; Mortati, *Istituzioni di dir. pubbl.*, pág. 128.

ejercicio de ellas. Entre sus potestades llama particularmente la atención aquella a que corresponde la autoridad de la cosa juzgada y a la cual conviene el nombre de *potestad judisdiccional*; pero en un estudio completo no debe considerársela sino como una especie de un género más amplio, cuya clasificación debe hacerse tomando en cuenta todos los tipos de proceso; en efecto, no hay duda de que competen al juez potestades también en el proceso ejecutivo, en el proceso cautelar y en el proceso voluntario.

Un buen criterio para el ordenamiento de esta materia es el que induce a distinguir entre *potestades finales* y *potestades instrumentales* del juez: una cosa es, por ejemplo, que el juez decida la litis de pretensión discutida, y otra cosa que resuelva un incidente; una cosa que establezca el tiempo y el modo de la venta del bien embargado, y otra cosa es que asigne el bien embargado al acreedor. Puesto que, como más adelante veremos, las providencias del juez según el carácter final o instrumental se llaman *inyunciones* (*infra*, n. 311) u *órdenes* (*infra*, n. 303); es oportuno hablar en cuanto a las primeras de *potestad inyuncional* y en cuanto a las segundas de *potestad ordenatoria*, distinción que, como la de los actos correspondientes, atañe a la eficacia extraprocesal o procesal de la potestad. Según lo hemos hecho notar, la especie más conocida, y hasta imponente, de potestad inyuncional es la potestad jurisdiccional, pero no es la única; pertenece al mismo género la potestad del juez cuando asigna al acreedor el bien embargado o el precio obtenido de su venta forzada, o también cuando concede o rehusa la autorización requerida para el cumplimiento de un negocio.

191. POTESTAD DISCRECIONAL O POTESTAD VINCULADA (2).

Tanto la potestad inyuncional como la potestad ordenatoria pueden pertenecer al tipo de las *potestades vinculadas* o al de las *potestades discrecionales*, distinción que también debe aprenderse mediante el estudio de la teoría general del

(2) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 325; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 154.

derecho. Una completa aplicación de este criterio diferencial a las diversas potestades del juez no podría hacerse aquí, ya que el pleno conocimiento de tales potestades sólo puede hacerse mediante la exposición de la dinámica procesal.

En linea de potestad jurisdiccional hay que distinguir entre juicio *histórico* y juicio *crítico*. El juicio histórico sólo *está vinculado en cuanto el juez no puede considerar existentes hechos no afirmados por una parte ni inexistentes hechos afirmados por ambas partes*, y, por otra parte, *no puede considerar existentes hechos afirmados por una parte cuando no resulten de las pruebas exhibidas y practicadas*, con la única excepción de los *hechos notorios* o de los *hechos inherentes al proceso* (art. 115; *supra*, ns. 224 y sigtes.); *de ordinario, en cambio, es libre en cuanto a la valoración de las pruebas, que debe valorar según su prudencia, esto es, según su discreción*, a menos que se trate de *pruebas legales* (*supra*, n. 170; art. 116[1]). El juicio crítico *está, en cambio, de ordinario, vinculado en cuanto el juez debe atribuir a los hechos* los efectos que les asignan las normas jurídicas (art. 113[1]); esta regla se extiende también a los árbitros (art. 822), excepción hecha respecto del arbitraje de los consultores técnicos (*supra*, número 65), que juzgan siempre según equipad (art. 456[1]). Por lo demás, el mismo art. 113 admite excepciones a esta regla: "Salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según equidad"; una primera excepción atañe al conciliador, el cual juzga según equidad cuando el valor de la causa (*supra*, n. 134) no pasa de dos mil liras (art. 113[2]); una segunda se verifica respecto de cualquier juez, al igual que respecto de los árbitros, cuando las partes, de común acuerdo, le piden una decisión según equidad (arts. 114 y 822; cfr. art. 112, de las disp. de apl.); en tal caso el juez en la valoración jurídica de los hechos es *solutus lege* y el proceso adquiere carácter *dispositivo* (*supra*, n. 31); el acuerdo de las partes no tiene, sin embargo, eficacia si la causa no atañe a "derechos disponibles de las partes" (*rectius*, intereses cuya tutela está discrecionalmente encomendada a la voluntad de las partes).

En cuanto a la potestad ordenatoria la regla es la de su

discrecionalidad; esta regla se formula de modo, si no impecable, suficientemente claro en el art. 175[1] a propósito de la potestad del juez instructor (*infra*, n. 402), al cual se refiere en cuanto al proceso ejecutivo el art. 484[4]: "el juez instructor ejerce todos los poderes dirigidos al más rápido y leal desarrollo del procedimiento" (*rectius, ejerce la potestad ordenatoria del modo más conveniente para que el procedimiento se desenvuelva con lealtad y rapidez*); aunque redactada con particular referencia al juez instructor, esta regla se aplica también a la potestad ordenatoria del colegio (*infra*, ns. 430 y sigtes.) una aplicación muy importante del principio de la discrecionalidad en materia de potestad ordenatoria atañe al llamado *interrogatorio no formal de las partes* (art. 117; *infra*, n. 441). La discrecionalidad de la potestad ordenatoria no es, sin embargo, ilimitada; existe, por el contrario, una cantidad de normas que constituyen un vínculo de ella. El más importante de tales vínculos se refiere a la potestad ordenatoria en cuanto se dirija a la investigación de las pruebas y resulta del *principio de la carga de la prueba*, en virtud del cual la potestad del juez está subordinada a la iniciativa de las partes, o en los casos correspondientes, a la del ministerio público (art. 115; *infra*, n. 225).

El vínculo a la potestad deriva del establecimiento de la hipótesis, cuya verificación consiente su ejercicio; tal es típicamente el establecimiento de que una potestad no puede ser ejercida sin instancia de parte. La hipótesis que constituye el vínculo puede ser más o menos compleja; hay un más o un menos también en la discrecionalidad; por ejemplo, en cuanto a la orden de inspección de personas o de cosas, no sólo está estatuido que no pueda ser dada sin requerimiento de parte (art. 115), sino también si de la inspección puede derivar el daño o la violación de secretos previstos por el art. 118. Pero no bastan para constituir el vínculo fórmulas genéricas que aludan a "justos" (ejemplo, art. 92[2]) o a "graves motivos" (ejemplo, art. 94), las cuales no excluyen que el ejercicio de la potestad se remita a la prudencia del juez, sino que tienden únicamente a estimularla.

La naturaleza discrecional de la potestad se resuelve en

la libertad de su ejercicio respecto de reglas legales, no de cualquier regla y, por tanto, de reglas técnicas o de reglas éticas; en particular, si las partes eximen al juez de las reglas del derecho para la decisión (arts. 114, 822), ello no quiere decir que el juez pueda decidir como se le antoje, sino que tiene que decidir, no según las reglas del derecho, sino según los principios de la equidad, como se dice exactamente en los textos citados; por eso la potestad discrecional no excluye la obligación de su ejercicio según las reglas éticas o las reglas técnicas ni la responsabilidad por la eventual violación de esa misma obligación.

192. POTESTADES DE LOS OFICIALES INFERIORES O DE LOS ENCARGADOS.

No a todos los cometidos del secretario, del oficial judicial, del consultor o del custodio, como por lo demás tampoco a todos los cometidos del juez mismo, corresponden potestades, las cuales sólo pueden contemplarse allí donde el cometido se resuelva en la formación de un mandato, o más propiamente de una providencia (*infra*, n. 290); no hay, por ejemplo, para el secretario una potestad de documentación (*infra*, n. 309), ni para el oficial judicial una potestad de notificación (*infra*, n. 310), mientras que a propósito del uno o del otro de tales actos sólo se puede hablar de competencia para cumplirlo (*supra*, n. 161).

Pero se dan también potestades respecto de los oficiales inferiores y de los encargados; ésta es la observación que aquí queremos hacer.

Así, puesto que la venta de los bienes embargados en el proceso de expropiación se resuelve por parte del oficio en una providencia (*infra*, n. 290) indudablemente en cuanto esa función esté encomendada al secretario (art. 534) se debe hablar de una *potestad de venta* del secretario, como análogamente de una *potestad de embargo* del oficial judicial (artículos 518, 543, 555; *infra*, n. 687). Asimismo no habiendo duda de que cuando el consultor técnico sea encargado de cumplir indagaciones solo él (art. 194²), es él, a los fines de la asistencia de las partes (art. 194²), quien debe fijar el

tiempo, lugar y modo de ellas (arg. *ex* art. 202), ya que tal fijación se resuelve en una providencia, y concretamente, en una orden procesal (*infra*, n. 303), le compete la potestad. En cuanto al custodio, baste pensar, entre otras, en la hipótesis de que esté él autorizado para dar en la locación el bien embargado (art. 560[2]), para contemplar también en él un titular de potestad; asimismo, el comisionista para la venta de los muebles embargados, cuando cierra el respectivo contrato (art. 532), ejerce una potestad. Estos son algunos ejemplos de potestad de los oficiales inferiores o encargados, cuya enumeración completa no puede resultar más que de la exposición de los diversos procedimientos.

SECCION II. — DE LAS OBLIGACIONES (*) (3)

193. OBLIGACIONES DE LOS OFICIALES DEL PROCESO.

Ya hemos hecho observar que los oficiales del proceso están ligados al Estado por el *contrato de empleo judicial*, del cual nacen a su cargo obligaciones para con ese mismo Estado de carácter administrativo, no procesal (*supra*, número 188; cfr. en cuanto a una de tales obligaciones el art. 97, de las disp. de aplicación). Junto a tales obligaciones, que, por tanto, no deben constituir aquí objeto de estudio, hay obligaciones de naturaleza estrictamente procesal, que co-

(*) En diferentes ocasiones he debido referirme a la dificultad de traducir al castellano, con la necesaria diferenciación, las expresiones italianas "obbligazione" y "obbligo", ya que nuestro idioma sólo cuenta con la palabra *obligación* para reflejar esas dos palabras italianas. En esta sección, lo mismo que en otros lugares del libro, el autor emplea la palabra "obbligo"; quizá hubiera sido exacto y acertado traducirla por "deber" o por "deber jurídico"; pero, dada la forma especial en que se utiliza, creo que producirá menos confusión la traducción literal o aproximada y, por eso, es por "obligación" como se viene traduciendo en todo momento.

(3) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 206; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 884; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 107; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 363; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 329; ANDRIOLI, *Commento*, I, págs. 182, 185; UGO ROCCO, *Il giudice e i suoi ausiliari*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, I, pág. 269.

rresponden a relaciones jurídicas activas reconocidas en favor de las partes (*infra*, ns. 204 y sigtes.).

En efecto no sólo por su cualidad de empleados los oficiales están obligados para con el Estado a desplegar las actividades que constituyen el trabajo prometido en el contrato de empleo judicial, sino que por su cualidad de oficiales están obligados para con las partes a llevar a cabo los actos que la ley les encomienda en orden al desarrollo del proceso. La existencia de esta obligación resulta a través de una elaboración interpretativa, que aquí no tenemos por qué explayar, de los arts. 55 y 60, que disciplinan la responsabilidad civil del juez, del secretario y del oficial.

Las dos normas antedichas, bajo el nombre de *responsabilidad civil*, entienden, según el significado corriente de tales palabras, responsabilidad por *resarcimiento del daño*; que esta responsabilidad tenga por sujeto activo a la parte, resulta, aunque más no fuese del art. 56, en el cual, al estatuirse el requisito de la autorización para la correspondiente demanda judicial (*infra*, n. 359), se indica claramente a la parte como sujeto de esa misma demanda; ahora bien, como la responsabilidad por resarcimiento del daño supone la violación de una obligación, el *prius* lógico de la responsabilidad no puede menos de ser *una obligación del oficial hacia la parte*. Puesto que, como diremos, la situación activa correspondiente pertenece a cualquier ciudadano, y no sólo al sujeto de la litis (*infra*, n. 323), la parte como destinataria de la tal obligación del oficial debe entenderse en *sentido formal* (*supra*, n. 101). Objeto de esta obligación es *el cumplimiento de los actos que a cada uno de los oficiales demanda la ley en orden al desarrollo del proceso.*

La obligación tiene diversa intensidad según se trate de un juez o de un oficial inferior. Adviértase que la intensidad de la obligación se mide, no tanto por la gravedad de la sanción, cuanto por los requisitos del acto ilícito que reclama su aplicación; en este sentido, está más gravemente sancionada la obligación cuya violación determina la aplicación de la sanción tanto si es culposa como si es dolosa, en comparación con la obligación cuyo incumplimiento sólo la deter-

mina si en él concurre el dolo. Esto supuesto, resulta del cotejo entre los arts. 55 y 60 que:

a) Todos los oficiales son igualmente responsables por omisión de un acto a ellos encomendado por la ley, tanto si la omisión es dolosa como si es culposa. Varía según se trate de oficiales superiores o inferiores la hipótesis de la omisión, la cual, respecto del juez se da "cuando la parte ha depositado en secretaría instancia al juez para obtener la providencia o el acto y han transcurrido inútilmente diez días a contar del depósito" (art. 55[2]), se entiende, sin que se cumpla el acto; y, en cambio, en cuanto al secretario o al oficial judicial, cuando haya transcurrido sin el cumplimiento del acto el plazo "que, a instancia de parte, se fija por el juez de quien dependen o por el cual han sido delegados" (art. 60). El art. 60 agrega que la omisión, para dar lugar a la responsabilidad, no debe tener un justo motivo; pero no habría necesidad de él, porque, naturalmente el justo motivo excluye el carácter ilícito de la omisión, es decir, el incumplimiento de la obligación.

b) El juez es responsable por la formación del acto de modo diferente del establecido por la ley sólo cuando haya obrado con dolo. El art. 55[1], n. 1 ha adoptado, sin razón alguna, una antigua fórmula por un lado defectuosa y por otro superabundante, que debe rectificarse por medio de la interpretación. Son superfluas las palabras *fraude* o *concusión*, que aluden a requisitos causales o formales del ilícito indeferentes a los fines de la responsabilidad civil; lo necesario y suficiente es que la inobservancia de la obligación sea dolosa; el concepto del dolo que aquí se presenta, es el común, y debe ser entendido, por tanto, no sólo como conciencia, sino como intención del ilícito. La ley habla de dolo del juez "en el ejercicio de sus funciones"; si se toma en cuenta la distinción entre elemento físico y elemento psicológico del ilícito, la fórmula debe entenderse en el sentido de *dolo en la violación de las obligaciones inherentes al ejercicio de sus funciones*, y se remite, por tanto, a las obligaciones que derivan para el juez del contrato de empleo judicial, razón por la cual

el alcance de la norma está en extender en relación a la parte las obligaciones que el juez tiene en orden al Estado, con esto de menos, que mientras respecto del Estado responde el juez de la violación de tales obligaciones aunque sea culposa, respecto de la parte la responsabilidad se limita al incumplimiento doloso. No habiendo duda, por tanto, de que frente al Estado el juez está obligado, no sólo en cuanto atañe a la legalidad, sino también en cuanto atañe a la justicia de los actos (*infra*, n. 313), el juez está obligado a los daños frente a la parte aun por la providencia legal, pero injusta, siempre que la haya pronunciado con dolo; puede dar lugar por tanto a la responsabilidad también una providencia discrecional.

Esta es la solución del problema de la responsabilidad del juez según la ley procesal civil. La duda sobre si esta solución es o no conforme al art. 28 de la Constitución no sería fundada, puesto que la responsabilidad de los funcionarios en orden a los actos cumplidos en violación de derechos "está allí afirmada con referencia a las leyes penales, civiles y administrativas y, por tanto, ante todo, dentro de los límites de éstas".

c) El secretario y el oficial judicial, cuando el incumplimiento consiste no ya en la omisión sino en la formación del acto en modo diferente del establecido por la ley, son, en cambio, responsables *aunque la violación sea solamente culposa, siempre que el incumplimiento haya ocasionado la nulidad de dicho acto* (art. 60, n. 2). Probablemente, al construir de este modo la norma, se ha creido que la nulidad del acto es una condición del daño sufrido por la parte, sin lo cual no puede haber responsabilidad; pero la opinión es errónea, ya que puede muy bien derivar daño de la injusticia de un acto válido del secretario o del oficial judicial; baste pensar en el daño que al acreedor o al deudor se le puede ocasionar por una mala elección de los bienes muebles a embargar (art. 517), lo cual si es *dolo seu culpa datum* no se sabe por qué no habría de ser resarcido.

194. OBLIGACIONES DE LOS ENCARGADOS JUDICIALES (4).

Puesto que, a diferencia de los oficiales del proceso, los encargados no son empleados del Estado y su función se limita a un determinado proceso, otra garantía jurídica de su recto ejercicio no hay fuera de la obligación a su cargo establecida por la misma ley procesal.

Si el consultor es "designado entre los inscritos en una matrícula", tiene la obligación "de prestar su oficio", a menos que concurra "un justo motivo de abstención" (art. 63[1]); abstención debe entenderse aquí en sentido genérico, no en el sentido específico en que se usa esta palabra respecto del juez (*supra*, n. 121): es justo motivo de abstención cualquier razón por la cual sea éticamente obligado o lícito que el consultor sea exonerado del oficio; la obligación del consultor no surge, pues, en tal caso de la aceptación del nombramiento por su parte ni, por consiguiente, de un contrato (de derecho procesal) concluido entre el oficio y él, sino de la sola orden del oficio, salvo la eficacia impeditiva del justo motivo. En cambio, si el consultor es elegido fuera de un registro o matrícula, su obligación no se constituye sino con la aceptación del encargo; por eso tiene fundamento contractual (*infra*, n. 298). La obligación es la de realizar las indagaciones que le son encomendadas, y la de suministrar las aclaraciones que se le piden, según verdad (cfr. art. 64[1], en relación con el art. 373, Cód. pen.); la violación dolosa de esta obligación determina el castigo previsto por el art. 373, Cód. pen., y el resarcimiento del daño (art. 185, Cód. pen.); la violación culposa, con tal de que la culpa sea grave, lo expone a la pena pecuniaria hasta veinte mil liras y al resarcimiento del daño para con la parte (art. 64[2]).

A su vez el custodio no está obligado al ejercicio de su oficio sino en cuanto lo haya asumido (art. 67[1]), esto es, en cuanto haya aceptado el nombramiento. La obligación es la de custodiar los bienes que le son encomendados, vigilando sobre su conservación y proveyendo, dentro de los límites del

(4) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 885; ANDRIOLI, *Commento*, pág. 189.

encargo, a la administración de ellos (art. 65[1]; *infra*, n. 308). La violación dolosa o culposa de esta obligación, además de la responsabilidad penal previstas por los arts. 334 y sigtes. del Cód. pen., determina la aplicación de una pena pecuniaria hasta de veinte mil liras (art. 67[1]), y la obligación de resarcir el daño sufrido por la parte (art. 67[2]).

También la obligación del curador de la quiebra nace sólo de su aceptación, y tiene, por tanto, fundamento contractual (art. 29[1], del decreto del 16 de marzo de 1942, número 267). Puesto que según el art. 30 de dicho decreto "en el curador, en lo que atañe al ejercicio de sus funciones, es oficial público", la responsabilidad penal por la violación de la obligación del curador es idéntica a la de los oficiales del proceso; su responsabilidad civil, aun sin estar expresamente estatuida por la ley, deriva de los principios generales.

Asimismo la obligación del comisionista (art. 532) nace del contrato de comisión, el cual se cierra con su aceptación del encargo; a falta de disposiciones particulares se aplican respecto de él las normas del derecho comercial (arts. 1731 y sigtes., Cód. civ.).

SECCION III. — DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

195. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS OFICIALES DEL PROCESO.

Ya hemos hecho notar por qué al derecho al estipendio de los oficiales del proceso debe reconocérsele carácter, no procesal, sino administrativo (*supra*, n. 188). Pero si hay retribuciones debidas a los oficiales en razón, no ya de su cualidad genérica de empleados, sino de la obra por ellos prestada en un determinado proceso, es igualmente manifiesto su carácter procesal.

Esta hipótesis no se verifica ya respecto de los jueces sino respecto de los oficiales inferiores, secretarios y oficiales judiciales; a los primeros se les deben por su obra de documentación, y a los segundos por cualquier obra prestada,

determinadas compensaciones, que toman en la práctica el nombre de *derechos de secretaría* y *derechos del oficial judicial*, de la parte a cuyo requerimiento se presta la obra, salvo el reembolso de que luego hablaremos (*infra*, n. 237); no hay en ello sino una forma diferente de pago, del impuesto judicial, el cual en cuanto su ingreso sirve al Estado para retribuir a ciertos empleados suyos, puede ser disciplinado *sub specie* de un pago que el deudor del impuesto debe hacer directamente al empleado mismo (*infra*, n. 227). Las normas correspondientes se encuentran en el capítulo décimo del D.L. del 8 de mayo de 1924, n. 745, sobre el ordenamiento del personal de las secretarías judiciales y secretarías del ministerio público, y en el capítulo sexto del R.D. del 28 de diciembre de 1924, n. 2271, sobre el ordenamiento del personal de los oficiales judiciales.

Las retribuciones recién indicadas son, por tanto, objeto de una relación jurídica activa del secretario o del oficial judicial, que corresponde a la figura del derecho subjetivo.

196. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS ENCARGADOS JUDICIALES (5).

Observaciones hay que hacer a propósito de los encargados judiciales, cuya retribución por la obra prestada en el proceso se regula del modo recién considerado y forma, por tanto, objeto de un derecho subjetivo del consultor o del custodio.

A este derecho alude el código sólo respecto del custodio y del comisionista, a fin de regular su liquidación (arts. 65^2 y 522); las normas de aplicación hablan de él también con referencia al consultor (art. 24) o a los demás encargados de que habla el art. 68^1 (arts. 52 y sigtes.).

(5) MINOLI, *Questioni sulla impugnazione del decreto che liquida le competenze del consulente tecnico*, en *Giurisprudenza italiana*, 1948, I, 2, col. 373 y *Ancora in tema di impugnazione del provvedimento che liquida il compenso del consulente tecnico*, *ibi*, 1950, 1, 2, col. 705.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DEL MINISTERIO PUBLICO (6)

197. RELACIONES JURIDICAS DEL MINISTERIO PUBLICO.

El ministerio público (*supra*, n. 116) tiene una posición intermedia entre el juez y la parte: lo mismo que el juez, es un oficial y forma parte del oficio judicial; lo mismo que la parte, su cometido no consiste en proveer en orden a la formación o integración de los preceptos o en orden a la aplicación de las sanciones, sino en promover la providencia. Por eso, las relaciones jurídicas que le pertenecen, presentan una figura ambigua, que no se sitúa fácilmente en los cuadros de la teoría general; la ambigüedad se refiere particularmente a sus poderes y se refleja en la incertidumbre de la definición dada de ellos en este libro, pues mientras en las ediciones anteriores hemos hablado de *potestades*, ahora, en cambio, le atribuimos *derechos subjetivos*; ha sido incluso el estudio de esta categoría de relaciones lo que me indujo a modificar una opinión demasiado rígida en línea de incompatibilidad del derecho con la obligación, la cual se atenúa grandemente al pasar del derecho subjetivo privado al derecho subjetivo público, categoría intermedia entre el derecho subjetivo y la potestad.

(6) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 77; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 384 y 884; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 41; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 403; REDENTI, *Profili*, págs. 58, 141, 150; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 194; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 54; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 281; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 437; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 195; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 87; CRISTOFOLINI, *La posizione e i poteri del pubblico ministero nel processo civile*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1930, II, pág. 23; ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1941, I, pág. 212; SARACENO, *La difesa dell'interesse pubblico nella soluzione extrapenale delle questioni pregiudiziali*, en *Rivista it. di dir. pen.*, 1941, pág. 413; SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto proc. pen.*, Napoli, Jovene, 1943-1948; CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, en *Rivista di dir. proc.*, 1953, I, pág. 257.

SECCION I. — DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

198. ACCION PRINCIPAL DEL MINISTERIO PUBLICO.

Hay casos en que al ministerio público le compete el poder de promover el proceso civil; tales casos están previstos por normas de carácter material a las cuales se remite el Código de procedimiento civil: "el ministerio público ejercita la acción civil en los casos establecidos por la ley" (art. 69); el más conocido de esos casos atañe a la nulidad del matrimonio (art. 117, Cód. civ.), por lo común tal derecho se refiere al proceso voluntario de cognición (*supra*, n. 23), pero no se excluye que se le reconozca también en cuanto al proceso contencioso (cfr. art. 105, Cód. proc. pen.) o en cuanto al proceso ejecutivo (cfr. art. 227[2]). Así lo dispone la ley cuando supone que el interés de las partes no es estímulo seguro para que una de ellas tome la iniciativa para la composición, represiva o preventiva de la litis.

Puesto que, como veremos, el poder que tiene la parte para promover el proceso toma el nombre de *acción* (*infra*, n. 206), también el poder del ministerio público se denomina así (art. 69). Desde el punto de vista del contenido el poder es idéntico al de la parte, en el sentido de que le corresponde la misma relación pasiva del juez que corresponde a la acción de la parte: de la iniciativa de la parte, como en los casos previstos por el art. 69, de la del ministerio público, depende la obligación del juez de ejercer a su vez su potestad en el proceso.

La acción es discrecional a pesar de que, según el art. 69, el ministerio público no la pueda ejercer más que "en los casos establecidos por la ley". Las normas así previstas determinan la materia (litis o negocios: *supra*, ns. 5 y 9) respecto de la cual puede accionar el ministerio público, pero no los hechos de los cuales depende el ejercicio de su acción; por tanto, la valoración de la conveniencia del proceso para la tutela del interés público, a base de la cual el ministerio público decide accionar, no está vinculada.

La acción del ministerio público que aquí consideramos, es *principal*, en cuanto, como veremos más adelante, le compete también otro tipo de acción, que hay que llamar *accesoria*.

199. ACCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN MATERIA DE IMPUGNACION.

Hay casos en que al ministerio público le compete el poder de continuar el proceso, promoviendo la renovación del procedimiento que se hace con el fin de impugnación (*infra*, n. 518), aunque no lo haya iniciado e incluso no le compitiera el poder de iniciarlo. Tales casos están previstos respecto del juicio de casación por el art. 363 (*recurso en interés de la ley; infra*, n. 579), por el art. 426 (recurso del ministerio público contra la sentencia colectiva) y por el art. 397 en cuanto al juicio de revocación (*infra*, n. 619); además, por el art. 72[3 y 4], en cuanto a las causas matrimoniales, excluidas las de separación personal.

Esta es siempre acción *principal*, pero para ser exactos conviene distinguirla de la acción considerada en el punto anterior; la diferencia puede expresarse contraponiendo la acción principal *inicial* a la acción principal *subsiguiente*.

200. ACCION ACCESORIA (INTERVENCION) DEL MINISTERIO PUBLICO.

Además del poder de promover el proceso compete al ministerio público el de colaborar en el proceso promovido por la parte mediante iniciativas análogas a las de ella; en el lenguaje técnico se habla de poder *de intervención* en el proceso promovido por las partes. Este otro poder del ministerio público, al igual que el análogo de las partes (*supra*, n. 105; *infra*, n. 209), debe llamarse *acción accesoria* (*scilicet* a la acción principal de las partes); también la acción accesoria es un derecho subjetivo.

El contenido de este derecho atañe a iniciativas que el ministerio público, al lado de las partes, puede adoptar a fin de obtener el buen resultado del proceso; iniciativas a las cuales corresponde una relación pasiva del juez, obligado a tomarlas en cuenta.

"El ministerio público *debe intervenir*... 1) en las causas que él mismo podría proponer (*rectius*, en los procesos que él mismo podría promover, *scilicet* en cuanto hayan sido, en cambio, promovidas por una de las partes); 2) en las causas matrimoniales, comprendida la de separación personal de los cónyuges (*rectius*, en los procesos relativos a litis o negocios matrimoniales); 3) en las causas (procesos) que se refieran al estado y a la capacidad de las personas; 4) en las causas (procesos) colectivas y en las causas (procesos) individuales de trabajo en grado de apelación; 5) en los otros casos previstos por la ley (ejemplo, en el procedimiento de casación [arts. 70², 375², 379³] de reconocimiento de sentencias extranjeras [art. 796³] o de falsedad documental [artículo 221³])". La acción del ministerio público en tales casos no es ya discrecional, por lo cual en ellos el ministerio público, no tanto puede, cuanto que debe intervenir; por eso se habla de intervención *necesaria*, pero la necesidad atañe, no sólo al deber del ministerio público de ejercitar el derecho que le compete, sino también a la potestad del juez, que sin ese ejercicio no podría a su vez ser ejercitada; en este último sentido, el acto del ministerio público en que se resuelve su intervención, es una condición (*infra*, n. 359) de eficacia de la decisión; por eso habla la ley de intervención "bajo pena de nulidad que se puede declarar de oficio" (art. 70¹).

En todo otro proceso el ministerio público *puede intervenir*; la ley dice que interviene "en cualquiera otra causa en que contemple un interés público" (art. 70³); pero éste es más bien el motivo que el límite de la acción. La diferencia entre este tipo de intervención y el precedente está precisamente en que al derecho no corresponde obligación alguna, por lo cual a la intervención *necesaria*, mejor que la intervención *facultativa*, se le contrapone la intervención *discrecional*. Para facilitar el ejercicio de esa acción está dispuesto que "en cualquier estado y grado del proceso, el ministerio público puede pedir al juez la comunicación de los actos" (art. 1, de las disp. de aplicación).

La intervención del ministerio público es, por tanto, análoga a la intervención de las partes; cuando al ministerio

público le compete la acción principal (*supra*, n. 198) se trata de intervención *principal* (*infra*, n. 262); cuando no le compete, la intervención presenta los caracteres de la intervención *accesoria* (n. 105); por eso la ley dice que "el ministerio público, que interviene en las causas que habría podido proponer, tiene los mismos poderes que competen a las partes y los ejercita en las formas que la ley establece para estas últimas" (art. 72[1]), y que "en los otros casos... puede producir documentos, deducir pruebas y formular conclusiones en los límites de las demandas propuestas por las partes", pero no puede proponer impugnaciones contra las sentencias, salvo en el caso previsto por el art. 397 (art. 72[2]; *supra*, n. 199); en estos últimos casos no puede, pues, exceder con las razones y con las pruebas los límites de la tutela que en su interés ha invocado la parte a la cual pueden favorecer dichas razones o pruebas.

Mayores poderes le competen al ministerio público en las causas matrimoniales, con exclusión de las relativas a separación de cónyuges, aunque el juez italiano sea llamado, no a pronunciar directamente acerca de ellas, sino a reconocer (arts. 72[3] y 72[4]) una decisión pronunciada por un juez extranjero (*supra*, n. 67); puesto que en esta materia abunda por desgracia el fraude procesal y en la mayor parte de los casos las demandas de declaración de certeza de la nulidad del matrimonio, concordadas entre los cónyuges, tienden a obtener un subrogado del divorcio, que la ley italiana no admite, y los jueces del mérito no siempre tienen la posibilidad o la voluntad de reaccionar contra el fraude, se consiente al ministerio público el poder de impugnar las respectivas sentencias (*supra*, n. 199). Lo cual, si atribuye a su intervención una figura distinta de la intervención accesoria común, no está en contraste con principio alguno, y hasta responde al carácter de parte instrumental que se le reconoce al ministerio público, toda vez que su oficio consiste, precisamente, en suplir a las eventuales deficiencias de las partes en sentido material, y particularmente, a la deficiencia del contradictorio: toda vez que la experiencia demuestra que el contradictorio entre los cónyuges no es un medio suficiente

para garantizar la justicia de la decisión, el remedio, o por lo menos uno de los remedios, está en consentirle al ministerio público hacer lo que haría la parte si no estuviese impedida por la intención de defraudar a la ley.

SECCION II. — DE LAS OBLIGACIONES (*) (7)

201. OBLIGACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

Aunque el poder del ministerio público, según dijimos haya de colocarse entre los derechos subjetivos (públicos), y hasta, a semejanza del poder del juez, entre las potestades, sin embargo, la relación pasiva que a él responde, presenta la figura de la *obligación*, y no la de la *carga*. Así se manifiesta, bajo el aspecto de las relaciones jurídicas procesales, el carácter ambiguo del ministerio público, el cual constituye una especie de puente entre el juez y la parte, y puede definirse paradójicamente como una parte imparcial: en cuanto a las relaciones activas, el ministerio público se equipara a las partes, como titular de derechos y hasta de potestades; pero se equipara, en cambio, al juez como sujeto de obligaciones, y no ya de cargas, en cuanto a las relaciones pasivas.

Desde el punto de vista teórico, esta observación implica el problema de la compatibilidad entre las dos figuras de la obligación y del derecho subjetivo, al cual nos referimos (*supra*, n. 197) y acerca del cual, de todos modos, debe el alumno informarse en línea de teoría general; el hecho es que, siendo por la naturaleza misma del derecho subjetivo público menos activo el estímulo del interés en el ejercicio del derecho mismo, a su eventual deficiencia puede ser oportuno suplir, poniendo a su cargo la obligación, y no simplemente la carga, de ejercerlo. Así ocurre, que, mientras la parte ordinaria sólo tiene, como veremos, la carga de probar los hechos por ella afirmados, o de impugnar las sentencias que determinan su derrota, razón por la cual la consecuencia de no haber pro-

(*) Véase nota * a pág. 298.

(7) JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 342.

bado lo que podía probar o de no haber impugnado la sentencia que podía impugnar sólo se resuelve en la pérdida de una ventaja que la prueba o la impugnación hubiera podido procurarle, el ministerio público, en cambio, si no aduce las pruebas que están a su disposición o no impugna una sentencia cuya impugnación le esté consentida y sea oportuna, falta a una obligación e incurre en las consiguientes responsabilidades (*infra*, n. 202).

202. RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO PUBLICO (8).

La ley presenta, en cuanto a las consecuencias de la violación de la obligación, una notable diferencia entre el juez y el ministerio público, por cuanto acerca de este último no estatuye expresamente la responsabilidad por omisión del acto, sino, según la fórmula del art. 55[1], n. 1, sólo por dolo, fraude o concusión en el ejercicio de su función (art. 74). No es improbable que la diversa fórmula de las dos normas se deba a la opinión de que, siendo el poder del ministerio público un derecho subjetivo (*supra*, n. 198), no pudiera concebirse una obligación de su ejercicio; pero mientras una atenta reflexión demuestra el error de tal opinión, la interpretación a fondo del art. 47 permite comprender en su fórmula también la hipótesis de la omisión: en efecto, el derecho subjetivo público no excluye su ejercicio obligatorio; por tanto, verificado el contraste entre la opinión del redactor de la fórmula del art. 74 y la *ratio legis*, no hay obstáculo alguno para que la fórmula deba entenderse en su mayor amplitud; ahora bien, puesto que es imputable de dolo en el ejercicio de sus funciones el ministerio público que se abstiene de realizar un acto justo con la conciencia o la voluntad de la injusticia, en tal hipótesis debe admitirse la responsabilidad civil del oficial, naturalmente con aplicación analógica del art. 55[2]; y la aplicación analógica no queda excluida por el hecho de que la instancia de la parte no sea suficiente para engendrar la obligación de cumplir el acto, si su cumplimiento se manifiesta éticamente necesario.

(8) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 662; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 344; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 182.

SUBTITULO SEGUNDO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LAS PARTES Y DE LOS DEFENSORES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LAS PARTES (1)

208. RELACIONES JURÍDICAS DE LAS PARTES.

También para garantizar al proceso la indispensable aportación que proviene de las partes, y en particular de su actividad, están constituidas respecto de ellas relaciones jurídicas, activas o pasivas. La verdad es que, en línea de principio, la parte actúa en el proceso a impulsos de su interés; pero, en primer lugar, aun cuando es necesario suministrar así a su interés un poder para asegurar su rendimiento (de poco serviría el interés de la parte en promover el proceso si a ese fin no tuviese ella el derecho a obtener la obra del juez, o en general, la obra del oficio); y en segundo lugar, lo que el proceso exige de la parte no siempre es el desenvolvimiento de un interés, cuanto, por el contrario, el sacrificio de él (el proceso puede tener necesidad de pruebas o de bienes, que la parte tendría interés en no suministrar).

Las relaciones jurídicas que así se constituyen en torno a las partes, son múltiples, y no hay argumento relativo a la estática procesal que presente tanta extensión y tantas difi-

(1) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 339; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 316; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 441.

cultades; lo cierto es que la función de la parte en el proceso no puede entenderse si no se toman en cuenta tales relaciones, y ante todo si no se las pone en orden entre ellas por medio de la clasificación.

A este fin hay que notar ante todo que para disciplinar la actividad de la parte en el proceso sirven ya poderes y deberes de carácter no procesal, en el sentido de que no atañen únicamente a su actividad en el proceso; por ejemplo, no estando la prohibición de ofender con escritos o discursos al honor, a la reputación o al decoro de las otras partes o de los terceros, particularmente limitada a su actividad en el proceso, ello no constituye una relación jurídica procesal; pero puesto que esa prohibición se extiende de las expresiones *injuriosas* a las simplemente *inconvenientes,* respecto de las cuales la prohibición no opera fuera del proceso, el deber que de ello surge es estrictamente procesal (*infra,* n. 234).

En segundo lugar, adviértase que no está comprendida entre las relaciones procesales la sujeción de las partes a los resultados del proceso, cognitivo o ejecutivo y, por tanto, en particular, la sujeción de ellas a la cosa juzgada; por la misma razón que induce a reconocer a la *imperatividad* de la sentencia carácter *material* (*supra,* n. 79), no puede tener naturaleza procesal la correspondiente sujeción de las partes; aquí no hay una relación jurídica constituida al servicio del proceso, sino que, por el contrario, se hace el proceso para engendrar aquella relación; asimismo, no tiene carácter procesal la sujeción de las partes a la restitución forzada (*supra,* n. 84); pero, en cambio, cuando se trata del embargo o de la venta de los bienes embargados, que no son sino medios procesales dirigidos a obtener la satisfacción del acreedor, se dan verdaderamente deberes de las *partes constituidos únicamente en orden al proceso.*

Habida cuenta de ello, y a fin de desenmarañar la complicada madeja de las relaciones jurídicas procesales de las partes, conviene distinguir ante todo las relaciones activas de las relaciones pasivas.

204. RELACIONES JURIDICAS ACTIVAS.

El problema de las relaciones jurídicas activas se plantea como problema del poder que debe reconocérsele a la parte para que el impulso de su interés pueda resultar verdaderamente eficaz en orden a la promoción y al desarrollo del proceso.

Cuando no se había logrado todavía un análisis de las relaciones jurídicas activas, y ni aun se había formulado siquiera el concepto de relación jurídica activa, que se confundía con el de derecho subjetivo, el problema se planteaba así: ¿existen *derechos subjetivos procesales de las partes?* Sobre este tema se ha realizado un largo trabajo científico, que ha terminado, como veremos, en una respuesta afirmativa.

Ahora bien, el cometido de la ciencia no se agota, sin embargo, en dar esa respuesta y aclarar el alcance de ella, sino que se extiende a aplicar al estudio de las relaciones de las partes, los conceptos que constituyen el resultado del análisis de la relación jurídica activa finalmente realizado en sede de teoría general; allí ha aparecido ya con claridad que no toda relación jurídica activa es un derecho subjetivo; junto a esta noción han venido aclarándose las nociones de la *potestad* y de la *facultad,* por lo cual el estudio de las relaciones jurídicas activas de las partes debe ser hecho con referencia a cada uno de tales tipos.

205. RELACIONES JURIDICAS PASIVAS.

A su vez el problema de las relaciones pasivas se plantea como problema del deber que conviene imponer a la parte a fin de que, cuando su aportación al proceso pueda implicar el sacrificio de su interés, no haya de faltar dicha aportación.

También este problema se planteaba antiguamente sólo en el sentido del reconocimiento de una obligación procesal de la parte; podemos agregar que también en estos términos limitados ha reclamado menor atención que el inverso, refe-

rente al derecho subjetivo. Pero, puesto que hoy, en sede de teoría general, han surgido laboriosamente, junto al concepto de *obligación* que antiguamente agotaba el campo de la relación pasiva y se confundía con ella, los otros conceptos de la *carga* y de la *sujeción*, también de ellos hay que tomar cuenta a fin de agotar el estudio de los deberes procesales de las partes.

SECCION I. — DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS (2)

2. ACCION DE LAS PARTES.

La intuición de que competa a las partes un derecho subjetivo de carácter estrictamente procesal, es antigua; a esa intuición respondió el nombre de *acción* (*actio*), con el cual se denota el *obrar en juicio*, es decir, el desplegar actividad para la tutela, mediante el proceso, del interés de la parte, como contenido del derecho mismo; antigua es, asimismo, la intuición de que por un lado la *actio* se distingue del *ius*, en el proceso hecho valer, pero de que, por el otro lado, es también ella un *ius* (*ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*). Pero antes de que esta intuición se hubiera podido resolver en una verdad científica, tuvieron que pasar decenas de siglos.

La dificultad estaba en distinguir el derecho que se hace valer en juicio (derecho subjetivo *material*), del derecho

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 17; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 888; CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 161, 182; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 10; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 71; REDENTI, *Profili*, pág. 92; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 45; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 92; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 229; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 92; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 339; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 197; LUGO, *Manuale*, pág. 16; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 18; CHIOVENDA, *Saggi*, I, pág. 3; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 99; CARNELUTTI, *Questioni sul processo penale*, Bologna, Zuffi, 1950, pág. 117; CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1939, I, pág. 22; BETTI, *Ragione e azione*, en *Riv. di dir. proc.*, 1932, I, 205; PUGLIESE, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, Giuffrè, 1940; PEKELIS, *Azione*, en *Nuovo Digesto Italiano*.

mediante el cual se hace valer aquél (derecho subjetivo procesal). Con cuánta lentitud y fatiga se haya superado esa dificultad, lo enseña la historia de la ciencia jurídica, que es una parte de la historia del derecho; uno de los capítulos más interesantes de ella, atañe al desarrollo del concepto autónomo de *acción*. Hoy este desarrollo está realizado. Por tanto, por acción se entiende el *derecho subjetivo procesal de las partes*.

Tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro: yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: *el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte.*

Precisamente porque el juez, o en general el oficial o el encargado del proceso no tiene por lo común interés en desplegar su actividad para la composición de la litis, y hasta puede tener un interés en contra, la ley le impone una obligación a este respecto (*supra*, ns. 193 y sigtes.); para la actuación de esa obligación, de ordinario, la ley se remite a la iniciativa de la parte, a la cual, por tanto, le atribuye un derecho recíproco a aquella obligación: derecho a obtener del juez, o en general del oficial o del encargado, la prestación necesaria para la composición de la litis en que consiste el ejercicio de su potestad (*supra*, ns. 190 y sigtes.). Una de las últimas etapas del mencionado lento desarrollo del concepto de acción después de esto se ha apartado del derecho subjetivo material, y está constituido en concebirla como un derecho frente al Estado; concepción ilógica, ya que no se puede admitir derecho sin sujeción recíproca ni sin conflicto de intereses; ahora bien, el Estado no tiene interés contrario alguno en la composición de la litis ni podría, de todos modos,

en esta materia, estar sometido a las partes. La verdad, por el contrario, que el Estado, al conferir a los oficiales y a los encargados del proceso potestades y obligaciones correlativas, los somete, para su mejor ejercicio, y dentro de ciertos límites, a la iniciativa y, por tanto, al juicio de las partes.

Que la acción, aunque no se la deba confundir con el derecho (material) hecho valer en juicio, sea, sin embargo, un derecho (procesal), sirve para distinguirla de la *pretensión*, con la cual se la confundió a menudo y continúa confundiéndosela. Basta para su distinción exacta recordar, que, *mientras la acción es una relación, la pretensión es un hecho, y más concretamente, un acto jurídico*; ambos conceptos pertenecen, por tanto, a zonas distintas y aun opuestas de la ciencia, cuales son la estática y la dinámica del derecho.

Puesto que, según dijimos, el interés que constituye el elemento material de la acción es, no el interés en litigio (que constituye el contenido del derecho subjetivo material) sino el interés en la composición (en vía represiva o preventiva) de la litis, que es común a las dos partes y a todos los demás ciudadanos (interés colectivo), *la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público.* Más exactamente todavía, es uno de los derechos públicos subjetivos que se denominan *derechos cívicos.* De la acción como relación jurídica de las partes se habla, pues, en el sentido de que su ejercicio atribuye a quien la ejercita cualidad de parte (en sentido formal; *supra,* n. 101), no ya en el de que ella competa a la parte (en sentido material; *supra,* n. 6); más adelante veremos cómo el acto en que ese ejercicio se resuelve no está sujeto más que a una legitimación *modificativa* (*infra,* n. 323); representa uno de los últimos episodios de la dificultad de separar el derecho subjetivo procesal del derecho subjetivo material aquel por el cual yo mismo consideré que la acción no competía más que a la parte en sentido material, y tuve que recurrir a una fatigosa construcción a fin de explicar la eficacia, frente al juez, de la demanda propuesta por quien no está legitimado para pretender o contra quien no está legitimado para resistir; *la verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no*

compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano.

El Código de procedimiento civil, mientras reconoce explícitamente otros poderes y deberes de los sujetos del proceso, calla acerca de la acción de la parte (la palabra "acción", referida a la parte, se lee, sin embargo, no enteramente a propósito, en la rúbrica del título cuarto del libro primero). Sin embargo, la existencia de este derecho se deduce sin dificultad de sus normas: puesto que, según el art. 55, el juez es "civilmente responsable... cuando sin justo motivo deniega, omite o retarda proveer sobre las demandas o instancias de las partes...", toda vez que la responsabilidad por no haber proveído supone la obligación de proveer (*supra*, n. 193), y habida cuenta, finalmente, de que la obligación de proveer, por lo común, no nace sin demanda, esto es, sin un acto de la parte y, por tanto, depende de la iniciativa de ella, la responsabilidad y la obligación del juez, tal como están estatuidas por la ley, implican el derecho subjetivo de las partes, cuyo ejercicio lo constituye la demanda (*infra*, n. 290).

207. CLASIFICACION DE LAS ACCIONES.

La acción no es, como se creyó durante mucho tiempo, aun después de haberse aclarado su concepto, separándola del derecho subjetivo material, un derecho único, sino una categoría de derechos, que se resuelve en una considerable variedad de ejemplares. Pero esa multiplicidad de las acciones y su consiguiente clasificación deben entenderse en un significado totalmente distinto del que se le atribuía antiguamente, cuando la acción estaba todavía más o menos confusa con el derecho subjetivo material, o por lo menos con la pretensión y, por tanto, la clasificación de las acciones se resolvía en la clasificación de las pretensiones o de los derechos mismos (*supra*, n. 8). Ahora bien, con la naturaleza del derecho hecho valer en juicio, la acción no tiene nada que

ver: ya sea un derecho real, ya sea un derecho de obligación, tenga por objeto una cosa mueble o una cosa inmueble, el derecho atribuido a las partes frente al juez a fin de obtener las providencias idóneas para resolver la litis, es siempre el mismo.

La clasificación de las acciones debe hacerse, en cambio, según su naturaleza, desde un punto de vista puramente procesal, por lo cual se distinguen, en orden a los diversos tipos de proceso, la acción *cognitiva* y la acción *ejecutiva*, la acción *definitiva* y la acción *cautelar* y también la acción *contenciosa* y la acción *voluntaria*.

35. ACCION COGNITIVA.

La acción cognitiva es el tipo más conocido, precisamente porque hasta el día de hoy, o por lo menos hasta hace poco, el proceso de cognición había sido objeto de estudio mucho más atento que el proceso ejecutivo, el proceso cautelar o el proceso voluntario.

Dicha acción se subdivide, según los tipos funcionales del proceso de cognición ya conocidos (*supra*, ns. 31 y sigtes.) en acción *declarativa* y acción *dispositiva*, y la acción *declarativa* en *acción de declaración, mera* o *constitutiva, de certeza* y *acción de condena*. Hay así perfecta correspondencia entre la potestad que el juez ejerce en el proceso de cognición y el derecho subjetivo que compete a la parte, toda vez que la primera depende del segundo: como la acción cognitiva es el poder de la parte al cual está sujeto el juez en orden al ejercicio del poder de cognición y, por tanto, el derecho a obtener del juez el ejercicio de ese mismo poder, así también la acción de condena, entre los otros subtipos, es no ya el poder a obtener la condena, sino de hacer que el juez ejerza su potestad de condena, cuyo ejercicio puede culminar según los casos, tanto en la condena como en la absolución.

Pero tampoco la acción cognitiva es un derecho frente a un juez, sino un conjunto de derechos frente a todos aquellos cuya actividad en el proceso en tanto debe ser desplegada en

cuanto sea requerida por la parte; así como es errónea la fórmula según la cual la acción sería un derecho frente a la contraparte o frente al Estado, por lo menos es incompleta la otra según la cual es un derecho frente al juez, mientras que sujeto pasivo de la acción cognitiva es cualquiera, oficial encargado o tercero, que deba ejercer una potestad o, en general, desplegar una actividad en el proceso de cognición, dependientemente de la voluntad de las partes.

209. ACCION COGNITIVA PRINCIPAL O ACCESORIA.

A la distinción entre parte principal y parte accesoria (*supra*, n. 105) corresponden dos tipos de acción cognitiva: *principal* es la acción que corresponde a la primera; *accesoria*, la acción propia de la segunda; el carácter de la acción accesoria está en que supone el ejercicio de la acción principal, y sin él no surge: no es, pues, derecho a obtener la decisión sobre la propia litis, sino sobre la litis ajena y *dentro de los límites en que fue pedida por la parte principal*; la acción accesoria compete, por tanto, *al interventor por adhesión*.

Aunque, a diferencia de lo que ha hecho respecto de la intervención del ministerio público (art. 72[2]), la ley no lo establezca expresamente en cuanto a la intervención por adhesión, el límite recién indicado se infiere con facilidad de la fórmula del art. 105[2], en el que "sostener *las razones* (*los derechos*) de alguna de las partes" es frase elíptica por "sostener las razones *de la pretensión*" de una parte principal, por lo cual la parte accesoria no puede exceder la medida de dicha pretensión.

Pero aunque accesoria, la acción del interventor adherente es distinta de la acción principal; si aquél no tiene derecho a obtener la decisión de la litis más allá de los límites señalados por las demandas de la parte ayudada, esto es, sobre cuestiones no propuestas por ella, dentro de tales límites, es decir, para resolver tales cuestiones, el juez debe tomar en cuenta las razones expuestas por el interventor (art. 105[2]).

210. ACCION COGNITIVA ORDINARIA O PRIVILEGIADA.

Objeto de la acción es principalmente el desarrollo de la actividad del juez según las formas prescritas por la ley; el actor tiene, por tanto, de ordinario, derecho a obtener la decisión, pero no a obtenerla sin contradictorio (art. 101) y tampoco a obtener que si el demandado es contumaz (*infra*, n. 395), el juez acoja su demanda sin necesidad de prueba (art. 115). Pero hay tipos de proceso, que la ley llama *procesos sumarios* (arts. 633 y sigtes.), respecto de los cuales tales reglas están derogadas; tales son el *proceso de inyunción* y el *proceso de desalojo* (*supra*, ns. 40 y sigtes.).

A estos tipos anómalos del proceso de cognición corresponde para la parte (actora) el derecho a obtener la decisión según las formas más simples que lo constituyen; este tipo de acción cognitiva se puede llamar *sumaria*; reflexionando que por ella se obtiene una tutela más rápida y eficaz de la pretensión, se puede también hablar de *acción cognitiva privilegiada*.

A diferencia de la acción ordinaria, la acción cognitiva privilegiada no compete a las dos partes, sino únicamente a la parte actora.

211. ACCION EJECUTIVA.

Toda vez que no sólo el proceso de cognición, sino también el proceso de ejecución, requiere para desplegarse un acto de la parte, junto a la acción cognitiva está la acción ejecutiva como poder de la parte para obtener del juez o en general de los componentes del oficio, y más ampliamente todavía, de todos cuantos deben operar en orden a su desenvolvimiento, la prestación de la actividad respectiva. La separación de la acción como derecho subjetivo procesal, del derecho subjetivo material, en cuanto al proceso ejecutivo, ha sido todavía más lenta y difícil que en cuanto al proceso de cognición por ciertas razones que debemos indicar aquí.

Ante todo la *acción ejecutiva, a diferencia de la acción cognitiva, compete no ya a cada una de las partes, sino sólo a una de ellas, a saber, al acreedor* (*supra*, n. 108). Por eso

tiende a confundirse con el derecho que se hace valer en el proceso. En segundo lugar, la acción ejecutiva, por lo menos como acción *principal, compete no tanto al acreedor cuanto al acreedor provisto de título ejecutivo* (*supra,* ns. 172 y sigtes.); puesto que el título ejecutivo atesta la competencia del crédito, con más razón la acción ejecutiva tiende a confundirse con el derecho en cuya tutela se lleva a cabo la ejecución.

A pesar de tales caracteres, también la acción ejecutiva es un derecho procesal netamente distinto del derecho material: su contenido no es el interés privado del acreedor, sino el interés público en la composición de la litis de pretensión insatisfecha, la sujeción que a ella corresponde, no es la sujeción del deudor, sino la de los oficiales del proceso, que deben prestar su actividad al acreedor; una sujeción procesal del deudor hay, ciertamente, pero no es sujeción a la acción del acreedor, sino a la potestad del juez, o en general, del oficial, y tan es así, que si el acto ejecutivo fuese realizado directamente por el acreedor, el deudor podría rechazarlo. Menos todavía acción ejecutiva y derecho subjetivo del acreedor se identifican con la acción, ya que ésta compete también a quien, aunque esté provisto del título ejecutivo, no tenga derecho alguno, cuando, en virtud de una sentencia provisionalmente ejecutiva (*infra,* n. 484), el acreedor expropia al deudor, pero luego la sentencia es reformada y tiene aquél que restituir al deudor lo que obtuvo mediante el proceso ejecutivo, se ha ejercitado una acción a la cual no correspondía derecho material alguno.

Como el proceso ejecutivo se distingue según la función en proceso de *transformación* de *libramiento* y de *expropiación,* análoga distinción debe hacerse respecto de la acción ejecutiva.

212. ACCION DE EXPROPIACION (*).

Entre las tres acciones ejecutivas, recientemente mencionadas, tiene particular importancia la acción de expropia-

(*) CARNELUTTI, *Studi,* II, pág. 191.

ción, que es el derecho a obtener la expropiación del deudor, o en otras palabras, la actividad del oficio necesaria para actuar la responsabilidad del deudor. Este es el tipo de acción ejecutiva respecto del cual se ha venido poco a poco manifestando la distinción entre el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material.

Cuando el art. 1218 del Código civil abrogado disponía, que "quien ha contraido una obligación, está constreñido a cumplirla exactamente", no había necesidad de más para definir el derecho (material) de crédito al cual corresponde el vínculo del deudor constreñido al cumplimiento; pero este vínculo depende de la sujeción del deudor a la sanción en virtud de la cual, en caso de incumplimiento, se le quita por la fuerza el bien que tenía que dar o si no otro de sus bienes, a fin de liquidarlo y satisfacer al acreedor en dinero. Durante mucho tiempo se creyó que la obligación y la sujeción del deudor fuesen una misma cosa; una huella de dicha conclusión se podía apreciar en la fórmula del art. 1948 de dicho código, según el cual "quienquiera que esté obligado personalmente, está constreñido a cumplir las obligaciones contraidas con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros"; pero ahora, en el nuevo código, dicha fórmula ha sido rectificada y dice que con todos sus bienes el deudor "responde del cumplimiento (*rectius,* del incumplimiento)" (art. 2740, Cód. civ.), es decir, que si no cumple, está sujeto a la potestad del oficio judicial, y éste le quita los bienes necesarios para la satisfacción del acreedor. Sobre esta línea, con gran lentitud y fatiga, se ha distinguido la *responsabilidad* respecto de la *obligación* del deudor. Establecida esta distinción, más clara todavía tenía que aparecer finalmente la separación entre el derecho de crédito y la acción de expropiación: *el primero tiene por sujeto pasivo el deudor y por objeto el bien debido; la segunda tiene por sujeto pasivo a los componentes del oficio judicial los cuales deben obrar a fin de expropiar al deudor, y por objeto, los bienes sobre los cuales tienen que operar*; no hay, por tanto, ni siquiera correlación inmediata entre el poder procesal del acreedor y

la responsabilidad procesal del deudor, entre los cuales se introduce la potestad del oficio; el derecho del acreedor, en el caso de incumplimiento, no es más que el de promover, mediante la actividad del oficio, la expropiación, es decir, a obtener la prestación de la actividad en la cual consiste el ejercicio de las potestades del oficio.

Como la acción de expropiación es la más importante de los tres tipos de acción ejecutiva, también es la más rica en variedades, según se verá por las observaciones siguientes.

213. ACCION EJECUTIVA PRINCIPAL O ACCESORIA.

También respecto de la acción ejecutiva hay que distinguir los dos tipos de la *acción principal* y la *acción accesoria,* en que se subdivide la acción cognitiva, aunque en orden a la diversa naturaleza de ambos procesos la distinción tenga distinto alcance.

Cuando en el próximo título estudiemos los procesos con pluralidad de litis, aparecerá, al lado de la intervención en el proceso de cognición, también la intervención en el proceso de ejecución, y más concretamente, de expropiación (*infra,* ns. 270 y sigtes.), ahora bien, las especies de intervención en el proceso ejecutivo son dos, a las cuales se les pueden dar los nombres de *intervención autónoma* e *intervención accesoria*: la primera se refiere a los acreedores provistos de título ejecutivo (*supra,* ns. 172 y sigtes.), la otra a los acreedores a quienes les falta el título ejecutivo. Resulta de los arts. 500, 526, 564, que sólo a los primeros les compete, como al acreedor embargante, el poder de impulso procesal, razón por la cual ellos, si otro acreedor no toma la iniciativa, no puede obtener otra actividad que la que se resuelve en la entrega del dividendo (*infra,* n. 715); por tanto, su acción tiene carácter accesorio, toda vez que depende de la acción ejecutiva principal.

214. ACCION EJECUTIVA ORDINARIA O PRIVILEGIADA (4).

Normalmente la acción de expropiación es el poder de obtener que el oficio judicial tome de los bienes del patrimonio *del deudor* (art. 2740, Cód. civ.) y atribuya al acreedor la cantidad de lo obtenido de su liquidación que corresponde a la proporción entre el importe de su crédito y el total de los créditos que concurran en la expropiación (art. 2741, Cód. civ.; *infra*, n. 712). Estos dos límites ocasionan al acreedor el riesgo de que a través de la expropiación él no consiga la satisfacción completa, en cuanto el patrimonio del deudor no tenga con qué cubrir el importe de todas sus deudas. El remedio contra este riesgo lo dan dos institutos: *responsabilidad del tercero por la deuda ajena* (*infra*, n. 256) y *prelación de un acreedor sobre otro*: en virtud del primero, bienes para la satisfacción del acreedor pueden ser sustraidos también del patrimonio de quien no sea deudor; en virtud del segundo, lo obtenido de la expropiación, en vez de ser repartido entre los acreedores, se destina a la satisfacción total de ciertos créditos.

Durante mucho tiempo también acerca de estos institutos tuvieron los juristas ideas equivocadas o confusas; de la relación jurídica que a ellos corresponde no se hacía una misma cosa con el derecho de crédito, pero tampoco se lo sabía definir como una especie particular de la acción ejecutiva: el derecho del acreedor a obtener satisfacción sobre bienes no pertenecientes al deudor, se definía como un derecho real (material; en particular, derecho de prenda o de hipoteca); su derecho a satisfacerse con preferencia con lo obtenido de la expropiación no se comprendía bien qué era, y se tendía a hacer de él, indistintamente, una cualidad o atributo del crédito. Ahora los tiempos están maduros para

(4) CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, en *Rivista di dir. proc. civil.*, 1939, I, pág. 3; LEONARDO COVIELLO, *L'ipoteca è un diritto reale?* en *Rivista di dir. civ.*, 1936, pág. 5; FRANCESCHELLI, *L'ipoteca come diritto reale*, en *Rivista di dir. comm.*, 1938, I, pág. 292; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale, Il pegno*, Torino, Utet, 1949, pág. 13; PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, Cedam, 1950, pág. 60.

comprender que no se trata más que de acción ejecutiva, con la particularidad de que es una acción ejecutiva distinta de la acción ordinaria: puesto que ofrece al acreedor mayores ventajas que ella, se la puede llamar, en comparación con la acción ordinaria, *acción privilegiada*. El acreedor hipotecario, en cuanto se satisface con los bienes hipotecados aunque pertenezca a un tercero, no tiene derecho alguno frente a éste, ni éste obligación alguna frente a él; tan lejos está el tercero de estar obligado frente al acreedor, que cuanto a él se le quita o se deja tomar para la satisfacción del acreedor, el tercero tiene derecho a hacerse reembolsar por el deudor, que es el verdadero y el único obligado; un razonamiento similar debe hacerse respecto del fiador. Por otra parte, el mismo acreedor hipotecario, en cuanto pasa delante de otros acreedores en la distribución de lo obtenido, o cualquier otro acreedor provisto de privilegio, no tiene frente al deudor derecho mayor alguno que el de su crédito, ni derecho alguno frente a los demás acreedores; éstos, o el tercero responsable, sólo están sujetos a una potestad del oficio, en cuanto al tercero le son expropiados bienes para satisfacer al acreedor o en cuanto a los otros acreedores no se les distribuye lo recaudado de la expropiación sino después de haber sido satisfecho el acreedor privilegiado; por otra parte, a este último no le compete otro derecho que el de obtener que el oficio ejerza esa potestad. El derecho de hipoteca y el derecho de privilegio, son, pues, subespecies de la acción privilegiada de expropiación.

Su naturaleza de poderes estrictamente procesales no excluye que tales relaciones operen también sin proceso; del mismo modo opera un fusil cargado aunque no se lo dispare. Se repite en cuanto al privilegio el mismo fenómeno que se observa a propósito de las pruebas, y en particular a propósito de las pruebas legales. Por eso es muy justo que los hechos jurídicos que dan lugar al privilegio estén disciplinados en el Código civil (arts. 2745 y sigtes.). Por lo demás, no siempre ocurre así; veremos que dentro de ciertos límites un privilegio puede también derivar de la actitud del acreedor en el proceso ejecutivo (*infra*, n. 689).

215. ACCION CAUTELAR.

La acción cautelar se contrapone a la acción definitiva como el proceso cautelar al proceso definitivo; el lector recordará que el proceso cautelar no es un *tertium genus,* junto al proceso de cognición y al proceso ejecutivo, sino una variedad tanto del uno como del otro, señalada por el carácter mediato de su función (*supra,* ns. 42 y sigtes.). Hay, por tanto, una acción cognitiva o una acción ejecutiva cautelar distinta de la acción cognitiva o ejecutiva definitiva.

A propósito de la acción cautelar de cognición hay que poner de relieve que, así como la acción cognitiva en general no es el poder de obtener la decisión favorable, sino únicamente el poder de obtener la decisión, así también dicha acción, cuando es cautelar, no se resuelve en el poder de obtener la providencia cautelar, sino sólo la decisión en sede cautelar; la obligación del juez, en sede cautelar lo mismo que en sede definitiva, no es la de dar razón a quien la pide, sino únicamente a quien la tenga; por tanto, el derecho de la parte frente a él se limita a la prestación de aquella actividad en que consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional cautelar; y tal derecho compete al actor lo mismo que al demandado.

216. ACCION POSESORIA.

Una variedad afín a la acción cautelar es la acción posesoria (arts. 1168, 1170, Cód. civ.) o cuasi posesoria (arts. 1171, 1172 *ibi*; *supra,* n. 46); también a propósito de ésta el pensamiento de los juristas ha sido y continúa siendo todavía relativamente oscuro, por la incapacidad de discernir entre las relaciones jurídicas materiales y las relaciones procesales; de esa oscuridad proviene la conocida falta de certeza acerca de la posesión, de la cual no se consigue ver exactamente si es un hecho o es un derecho. La claridad se obtiene operando con el concepto de acción, y distinguiendo la acción posesoria de cognición de la acción posesoria de ejecución. En verdad el poseedor no es titular, como tal, de derecho alguno frente al no poseedor; si se reflexiona que poseedor, en el más ínfi-

mo grado, es también el ladrón, se advierte lo absurdo de atribuirle un derecho frente al propietario. El poseedor sólo tiene, en primer lugar, derecho (procesal) a que el juez provea en sede jurisdiccional sobre su demanda dirigida a hacer que se declare cierto que él tenía la posesión y que ha sido perturbado o despojado de ella, derecho que no es más que acción cautelar de cognición; y en segundo lugar, una vez que haya obtenido una decisión favorable, derecho a que se provea en sede ejecutiva a restituirle la cosa, si de ella fue despojado, o a eliminar la perturbación. Las fórmulas de los arts. 1168 y 1170, como la de los arts. 1171 y 1172 del Cód. civ., tradicionales y confusas, ponen conjuntamente ambas acciones. En particular el derecho del poseedor despojado a la reintegración es un puro derecho procesal, y más concretamente, acción ejecutiva, esto es, derecho frente al juez, con lo cual se supera la dificultad de reconocer un derecho al poseedor no propietario: el ladrón no tiene ni podría tener derecho alguno frente al robado, sino un derecho frente al juez a que éste declare cierto si era o no poseedor y si fue o no despojado; y luego, cuando la declaración de certeza es positiva, todavía un derecho frente al oficio a fin de que ejerza su potestad haciendo que se le restituya la cosa que no le fue quitada del modo querido por la ley; a su vez el propietario no poseedor no tiene obligación frente a él, sino sólo una sujeción frente al oficio, por el cual debe dejarse quitar la cosa, salvo el derecho a obtener su devolución de otro modo.

217. ACCION VOLUNTARIA.

Como al proceso contencioso corresponde la acción contenciosa, así también la acción voluntaria corresponde al proceso voluntario (*supra*, n. 23), y esta acción, como el correspondiente proceso, puede ser de cognición o de ejecución; y a propósito de esto no hay necesidad de repetir lo que hace poco dijimos en materia de acción cautelar. Agréguese que la misma acción voluntaria puede ser cautelar, ya que también el proceso voluntario, al igual que el contencioso, se dis-

tingue en cautelar y definitivo; acción cautelar voluntaria es, por ejemplo, el derecho a obtener el nombramiento del curador especial según los arts. 78 y 79.

Cuando el proceso voluntario se desarrolla con las formas del proceso contencioso, la acción voluntaria, en sede de cognición, se confunde fácilmente con la acción contenciosa; tal es el caso de la acción relativa al proceso de interdicción o de inhabilitación (*supra*, n. 18); en los demás casos se distingue más fácilmente de él.

Una variedad muy importante de acción voluntaria es la acción de quiebra, que en sede de cognición es el poder de obtener la decisión sobre la demanda de quiebra; y en sede de ejecución, el poder de obtener el cumplimiento de actos para la liquidación del patrimonio del quebrado.

SECCION II. — DE LAS POTESTADES

218. POTESTADES PROCESALES DE LAS PARTES.

En las tres primeras ediciones de este libro, junto a los *derechos subjetivos*, se reconocieron a las partes potestades, partiendo del principio en virtud del cual la diferencia entre potestad y derecho subjetivo depende de la pertenencia del interés tutelado al sujeto del mandato que lo tutela; entonces, puesto que el interés pertenece al administrado y no al administrador, o bien al representado y no al representante (voluntario) por lo cual se da en tales casos separación entre el sujeto del interés y el sujeto del mandato, me pareció justo reconocer que al poder del administrador o del representante en el proceso para la tutela del administrado o del representado convenía, como había creido que convenía al poder del ministerio público, la figura de la potestad y no la del derecho subjetivo.

Pero a partir de entonces, en el asiduo esfuerzo hacia la perfección de los conceptos, también la distinción entre potestad y derecho subjetivo ha venido modificándose, y pre-

cisamente se ha desplazado de la pertenencia del interés a la posición del sujeto del mandato en el conflicto de intereses sobre el cual opera el derecho; el poder, en consecuencia, se define en los términos de la potestad o del derecho subjetivo en cuanto es ejercido, no por quien tiene o no tiene el interés que tiende a tutelar, sino en una posición imparcial (*super partes*) o bien en una posición parcial (*inter partes*); ahora bien, también el administrador o el representado, aunque ni al uno ni al otro pertenezca el interés comprometido en la litis o en el negocio, operan parcialmente para la tutela de ese mismo interés, y no, en cambio, con imparcialidad en orden a la justa composición de los dos intereses opuestos.

Por esta razón, corrigiendo el punto de vista precedente considero que al poder atribuido a las partes en el proceso no conviene en modo alguno el concepto de la potestad.

SECCION III. — DE LAS FACULTADES

219. FACULTADES PROCESALES DE LAS PARTES.

La distinción entre *derecho subjetivo* y *facultades* que ya la teoría general del derecho ha llegado a esclarecer, se aplica a las relaciones procesales activas de las partes: hay facultad, y no derecho subjetivo, cuando el poder de las partes no es el *prius*, sino el *posterius*, de la obligación del juez, por lo cual la parte puede hacer porque el juez debe dejarla hacer, y no que el juez deba hacer o no hacer porque así lo quiera la parte; esta distinción, ciertamente sutil, se aclara mejor desde el punto de vista dinámico que desde el estático, esto es, como distinción de actos más bien que de relaciones; el acto facultativo, que corresponde a la facultad, se contrapone al negocio jurídico, que corresponde al derecho subjetivo, porque su finalidad práctica, a saber, el desarrollo del interés del agente, se actúa sin mediación del efecto jurídico (*infra*, n. 289); bajo este aspecto se consideran desde ahora la *instancia* (*infra*, n. 301) o la *afirmación* y, en particular, la *alegación* (*infra*, n. 304); esta última no se hace como la pri-

mera para que de ella nazca una obligación del juez (de proveer mediante el proceso), sino para que el juez sepa lo que a la parte interesa hacerle saber; la naturaleza jurídica manifiestamente diferente de los dos actos implica una diferencia entre las relaciones correlativas, que se expresa precisamente mediante la distinción entre facultad y derecho subjetivo; ahora bien, si la parte cumple en el proceso actos, que, como la alegación, presentan indudablemente el tipo del acto facultativo, es señal de que le competen poderes que hay que clasificar entre las facultades.

Tales son, en general, los poderes dirigidos a la información del juez: cuando una parte afirma hechos, ya sea que la afirmación se resuelva en una alegación o en una aseveración (*infra*, n. 304), o cuando exhibe al juez pruebas o bienes (*infra*, n. 305), hace algo que no sólo es el desenvolvimiento de una actividad material, sino el de una facultad jurídica; en efecto, a ello corresponde, y ahí está el carácter jurídico de la relación, la obligación del juez de escuchar la afirmación y de tomarla en cuenta, o la de inspeccionar y valorar las pruebas exhibidas.

SECCION IV. — DE LAS CARGAS (5)

220. CARGA PROCESAL.

La fuerza que suministra para el movimiento del proceso el interés en litigio, puede ser contrabalanceada por otros intereses de la misma parte en conflicto con él: así, para proponer al juez la demanda es necesario que la parte invierta tiempo y dinero; de aquí el peligro de que se abstenga, esperando de una iniciativa distinta de la suya, a fin de gozar el beneficio sin experimentar el sacrificio. A fin de

(5) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 872; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 233; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 339; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 79; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 315; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 446; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1942, pág. 51.

evitar este peligro debe cortarse aquella esperanza, de manera que la parte no pueda contar, para obtener ciertos resultados procesales, más que consigo misma y que el sacrificio de sus intereses en contraste con el interés en litigio sea la inevitable contrapartida del beneficio que el proceso puede procurarle. En términos técnicos esto quiere decir imponer a la parte *cargas procesales.*

También esto es para la parte un *deber* (ejemplo, "quien quiera hacer valer un derecho en juicio, *debe* proponer demanda..."; art. 99); pero no el mismo deber que se resuelve en la obligación, y por eso se lo denomina en forma diferente; la diferencia entre ambas especies la enseña también la teoría general, que sólo recientemente ha llegado, mediante un delicado trabajo de análisis, a separar una de otra ambas figuras: obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés; el juez tiene que proveer sobre la demanda, y de lo contrario es castigado; la parte tiene que proponer la demanda, y de lo contrario no puede obtener la tutela de su interés en litis.

En la factura del código se nota también a este propósito una excesiva cautela; puesto que el concepto de carga está entre los que, aunque modernos, están ya bien consolidados, no hubiera habido peligro alguno ni en adoptarlo para la formulación de las normas ni en tomarlo en cuenta para una mejor sistematización de ellas: en nombre de una especie de agnosticismo científico, que no tiene ni razón de ser ni corresponde a nuestros tiempos, no se lo ha querido hacer; de todos modos, el concepto de carga es necesario para traducir al lenguaje científico un importante grupo de sus disposiciones.

221. CLASIFICACION DE LAS CARGAS PROCESALES.

Las cargas procesales se distinguen ante todo en *cargas procesales en sentido estricto* y *cargas financieras:* las pri-

meras se refieren al *cumplimiento de actos*, las segundas *al pago de sumas*.

Las cargas procesales en sentido estricto se distinguen, a su vez, en *cargas de impulso* y *cargas de adquisición*, según que a la parte sólo se le imponga *promover el proceso* o *suministrar medios para él*.

Las cargas de impulso, según se trate de *hacer iniciar* o de *hacer proseguir* el proceso, se denominan *cargas de impulso inicial* o *cargas de impulso subsiguiente*.

Las cargas de adquisición pueden referirse a *informaciones* o a *pruebas*.

Por último, las cargas financieras pueden referirse a los *gastos de los actos* o bien a la *caución*.

111. CARGA DE IMPULSO INICIAL (6).

Esta es la especie de carga más común y mejor conocida, y se la expresa mediante la fórmula *nemo iudex sine actore*; el proceso no se inicia sin que la parte cumpla un acto, que veremos es una *instancia* (*infra*, n. 301); aunque el juez conozca la existencia de la litis, no puede él sin dicha instancia de la parte, tomar la iniciativa del proceso contencioso, ni aunque conozca la existencia del negocio, no puede tomar la iniciativa del proceso voluntario.

Con una fórmula general, el principio de la carga aquí considerado se enuncia bajo el título de la "tutela jurisdiccional de los derechos" por el art. 2907 del Cód. civ., según el cual "a la tutela jurisdiccional de los derechos provee la autoridad judicial en virtud de demanda de parte y, cuando la ley lo dispone, también a instancia del ministerio público" o de oficio; la conveniencia de esta enunciación en el Código civil es problemática, ya que se trata ciertamente de una carga procesal, lo mismo que es problemática la frase "tutela jurisdiccional de los derechos" en lugar de "tutela de los in-

(6) Chiovenda, *Istituzioni*, II, págs. 287, 312; Carnelutti, *Sistema*, I, pág. 409; Betti, *Diritto proc. civ.*, pág. 303; Redenti, *Profili*, pág. 409; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 340; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 326.

tereses", mientras que el concepto de derecho implica ya la tutela del interés, también, cuando es necesario, procesal; por último, igualmente dudosa es la conveniencia del segundo apartado del art. 2907, en el cual se aclara que la demanda, en interés de las "categorías profesionales", la proponen las "asociaciones legalmente reconocidas", que en virtud de los principios de derecho corporativo, están ya comprendidas en el concepto de la parte (en la litis colectiva; *supra*, n. 16). De todos modos, para el proceso contencioso la carga del impulso inicial está confirmada por el art. 99 mediante la conocida fórmula: "quien quiera hacer valer un derecho en juicio, debe proponer demanda al juez competente"; esta fórmula se integra con la referencia a los casos en que la demanda puede ser propuesta, no por la parte, sino por el ministerio público (*supra*, n. 198); la regla es que la litis o el negocio debe proponerse al oficio por la parte, salvo los casos en que puede hacerlo el ministerio público.

La carga de la demanda comprende todos los actos que son necesarios para que la demanda sea eficaz y, por tanto, en primer lugar, los de su notificación (*infra*, n. 310) en los casos en que ésta se encuentra prescrita para que el juez pueda pronunciar sobre aquélla (art. 101).

La carga puede referirse a la proposición de la demanda *aun contra personas distintas de aquellas contra las cuales quiere la parte hacer valer un derecho*; esta observación atañe a la acumulación procesal (*infra*, n. 259) y debe ser entendida en el sentido de que para hacer valer un derecho en juicio puede ser necesario que la parte promueva, no tanto un proceso simple, cuanto un proceso acumulativo (cfr. artículo 270).

La fórmula del art. 99 se refiere sin duda también al proceso ejecutivo.

Menos fácil, dado su tenor literal, es extender la fórmula del art. 99 también al proceso voluntario; puesto que este tipo de proceso ha sido sometido a un estudio incomparablemente menos intenso, el problema de la carga respecto de él no ha sido observado todavía; lo cierto es que la carga del impulso inicial vale también respecto de él, toda vez que el

juez no provee sobre un asunto si no es requerido a ello por quien tenga interés; por lo demás, el art. 737 habla precisamente de requerimiento, y en cuanto a los procesos voluntarios que se desarrollan con las formas del proceso contencioso vuelve a aplicarse el art. 99. También el proceso voluntario puede ser promovido por el ministerio público (ejemplo clásico, el proceso de interdicción o de inhabilitación; artículo 417, Cód. civ.); en este campo se nota también algún raro ejemplo de proceso a iniciativa del oficio (tal es el proceso de quiebra; art. 6 del decreto del 16 de marzo de 1942, número 267).

223. CARGA DE IMPULSO SUBSIGUIENTE.

Sabido es, y de todos modos lo veremos en el libro segundo, relativo a la dinámica procesal, que el proceso se resuelve en una sucesión de *actos* y a menudo de *procedimientos* (*infra*, ns. 279 y sigtes.). Se presenta aquí el problema sobre si a cargo de la parte debe ponerse no sólo la iniciativa para hacer que se promueva el proceso *ex novo*, o también para hacer que se lo prosiga *de procedimiento en procedimiento* o *de acto en acto*. El problema tiene su razón de ser en que sería inútil llevar adelante el proceso si no continúa la necesidad de él y puede ocurrir que después del inicio del proceso la necesidad se aplace o se atenúe por cuanto la litis o el negocio reclama con menor urgencia la composición o la administración judicial; y no hay órgano más sensible que la parte para advertir tales mutaciones, por lo cual, si no pide la prosecución, hay razón para creer que ella no va a ser útil. En cuanto el problema se resuelva en el sentido afirmativo de la carga, el proceso se forja según el principio del *impulso subsiguiente de parte*.

El impulso de parte puede darse tanto para seguir *procedimiento a procedimiento en el mismo proceso*, como para hacer seguir *acto a acto en el mismo procedimiento*.

Una carga de impulso subsiguiente de la primera especie se da en cuanto a la impugnación (*infra*, ns. 518 y 526); en el proceso cognitivo un procedimiento de impugnación no

sigue al procedimiento precedente si no lo pide la parte *cui interest*; por una singular omisión en el título del código dedicado a las impugnaciones, el principio de la carga de parte no está enunciado, pero no hay duda de que se lo infiere, mediante *analogia iuris*, del conjunto de sus normas; debe recordarse aquí, incluso, que el derecho de impugnación se niega de ordinario al ministerio público (art. 72[2]; *supra*, n. 198), salvo los casos en que el proceso haya sido introducido por él (art. 70[1]; *ibi*) o se refiera a un negocio matrimonial, excluida la separación entre los cónyuges (art. 72[3]), y salvo en cuanto a la casación el art. 363 y en cuanto a la revocación el art. 397 (*supra*, n. 199).

En cuanto a la carga de impulso subsiguiente de la segunda especie, no cabe hacer una enumeración de sus aplicaciones en el proceso de cognición y en el proceso de ejecución sin que antes se describa su desarrollo; aquí a fin de aclarar el concepto, basta dar a conocer al alumno algún que otro ejemplo: véase, en cuanto al proceso de cognición el artículo 178, del cual resulta que después de la constitución de una de las partes o de ambas (*infra*, n. 389) no prosigue el procedimiento si no se ha propuesto por una parte instancia para su inscripción en turno (*infra*, n. 399 *bis*); en cuanto al proceso ejecutivo, los arts. 529[1] y 567[1], de los cuales resulta, asimismo, que después del embargo no prosigue el proceso de expropiación si uno de los acreedores no pide la entrega o la venta del bien embargado (*infra*, ns. 735 y 765).

224. CARGA DE INFORMACION (7).

La carga de información atañe a lo que el juez debe saber para poder proveer mediante el proceso cognitivo o ejecutivo, acerca de la litis o acerca del negocio.

Ante todo, lo que las partes deben darle a conocer, son las *razones*; además, en cuanto al proceso de expropiación los *bienes* de los cuales debe servirse para la satisfacción del

(7) CARNELUTTI, *La prova civile*, pág. 11; CALAMANDREI, *Studi*, II, pág. 280; ANDRIOLI, *Commento*, pág. 331; DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1947.

acreedor. Habida cuenta de la distinción de las razones en *motivos y conclusiones*, los objetos de la información son tres: *conclusiones, motivos y bienes*.

a) La conclusión, como hay que recordar, atañe al efecto jurídico en que se resuelve la tutela de un interés (*supra*, n. 10). Aquí el principio de la carga de la parte opera ampliamente: *el juez no puede de ordinario, en ningún tipo de proceso, declarar o constituir la certeza de un efecto jurídico que la parte no haya invocado, o en otras palabras, en orden al cual no haya concluido.*

En cuanto al proceso de cognición, para los efectos jurídicos en favor del actor, este principio, adoptado ilimitadamente, se expresa en la primera parte del art. 112, donde dispone que el juez "debe pronunciar... *no más allá de los límites" de la demanda*, lo cual quiere decir, *no más allá de las conclusiones del actor*. En cuanto a los efectos jurídicos en favor del demandado, a los cuales se refieren las excepciones (*supra*, n. 11), el principio se expresa también en el art. 112, pero limitadamente; en él se dice que el juez "no puede pronunciar de oficio sobre excepciones, que puedan ser propuestas solamente por las partes"; mejor dicho, de ordinario no puede pronunciar sobre excepciones que no sean propuestas por las partes, a menos que la ley le conceda la potestad para ello; si esa potestad se le confiere se deduce del examen de las normas singulares que atribuyen a un hecho eficacia invalidativa o extintiva de un efecto jurídico; entre las excepciones que pueden ser denunciadas de oficio, recuérdense, a título de ejemplo, la *exceptio rei iudicatae* y la excepción de nulidad del negocio por ilicitud de causa. Las excepciones respecto de las cuales opera la carga de parte suelen denominarse *excepciones en sentido sustancial*. Dentro de estos límites la carga de la parte no está atemperada de ordinario por poder alguno concedido al ministerio público, el cual, a menos que le competa el derecho a introducir el juicio (art. 69; *supra*, n. 198), no puede exceder con sus demandas los límites impuestos al proceso por las conclusiones de las partes (art. 72; *supra*, n. 199).

En cuanto al proceso ejecutivo es indudable asimismo

que el juez no puede estatuir más allá de los límites de la demanda, esto es, no puede determinar un efecto jurídico que no haya sido requerido por el acreedor; la fórmula del artículo 112, ya por los términos genéricos de su primera parte, ya por estar contenida en el libro primero, no puede considerarse escrita sólo para el proceso de cognición; por tanto, aunque el título ejecutivo declare la certeza de una deuda de ciento, no podría el juez asignar ciento al acreedor sobre lo obtenido de la expropiación si él no ha requerido más que cincuenta.

b) Para acoger una conclusión, el juez tiene necesidad de conocer sus motivos; en otras palabras no puede declarar o constituir la certeza de un efecto jurídico sin verificar sus causas, las cuales consisten, por una parte, en normas jurídicas, y por la otra en hechos a los cuales tales normas atribuyen el mismo efecto.

Quien observe cómo se desarrolla un proceso, advierte que las partes tienen cuidado de informar al juez acerca de tales causas; la actividad de las partes, y por ellas de los defensores es absorbida en gran parte en las informaciones. *Esta facultad de informar al juez se convierte en una carga en cuanto aquél no pueda tomar en cuenta motivos que no le hayan sido afirmados por una de las partes.* A primera vista puede parecer que la constitución de dicha carga no tenga razón de ser alguna, ya que la libertad de tutela de los intereses de la parte está ya garantizada con la prohibición al juez de estatuir sobre efectos a los cuales no le hayan sido propuestas conclusiones; si existe la conclusión, la justicia quiere que el juez sea libre para verificar su fundamento como mejor le parezca. Pero aquí hay que hacer una distinción entre motivos: hay elementos de la razón que atañen al interés general, de manera que todo ciudadano, tiene, no tanto posibilidad, cuanto estímulo de conocerlos, y los hay de interés particular, cuyo conocimiento no tanto es posible cuanto útil sólo a las partes; si respecto de los primeros el juez no tiene de ordinario necesidad de las partes, de ordinario la información de ellas es necesaria para el conocimiento de los segundos; ahora bien, a fin de estimular a las partes a procurársela, es útil la constitución de la carga en virtud

de la cual la parte, cuando sabe que sólo tiene que contar consigo misma, se ve apremiada a vaciar el saco, poniendo ante los ojos del juez todo el material que puede ayudar a la aceptación de sus conclusiones. Naturalmente, puesto que la información de la parte está dominada por su interés, hay el peligro de que ella oculte los motivos que, en vez de favorecerle, puedan perjudicarle; pero a este peligro ofrece remedio el contradictorio (*supra*, n. 107), en virtud del cual lo que a una parte le perjudica le favorece a la otra, por lo cual si una parte puede verse inducida a callar, la otra se ve estimulada a hablar.

Según estas observaciones, los criterios de los cuales depende la carga de la información en cuanto a los motivos, son los siguientes.

α) *La carga, en primer lugar, no puede referirse más que a los elementos de los motivos que no sean de interés general.* Los elementos de interés general, a los cuales no se extiende la carga, se denominan *notorios*. El concepto de la notoriedad está definido por el art. 115, como el conjunto de nociones que "entran en la experiencia común". Que éste sea un concepto de la notoriedad no puede negarse; pero no es el concepto de la notoriedad que sirve para la carga de la información; basta, sin hablar de otros aspectos, la observación de que las *reglas de experiencia*, que están ciertamente al margen de la carga, pueden no ser conocidas por todos o al menos por la mayoría, y precisamente por esta eventualidad se ofrece al juez el auxilio del consultor técnico (*supra*, n. 120); igualmente, los *hechos históricos* pueden ser considerados por el juez libremente aunque, por su antigüedad o lejanía, no formen parte de la experiencia común y ni aun siquiera de la cultura histórica que posee el hombre medio. Cambiando, por tanto, la fórmula del art. 115[2]; según la que debe ser la *mens legis*, deben entenderse que entran en la experiencia común *no tanto las nociones comúnmente poseídas por el hombre medio, cuanto todas las nociones que interesan a la generalidad de los hombres*. De ello se infiere que la carga no atañe a

aa) las normas jurídicas, de ley o de costumbre, nacio-

nales o extranjeras. A este propósito, precisamente en orden a la carga de las partes, suele ponerse la distinción entre *hecho* y *derecho*, en el sentido de que la carga se referiría a los motivos de hecho, no a los motivos de derecho: al juez los motivos de derecho deberían, por su preparación técnica, ser conocidos (*curia novit iura*); los motivos de hecho le deberían ser, en cambio, dados a conocer por la parte (*da mihi factum dabo tibi ius*). Esta fórmula necesita, sin embargo, ser rectificada, en cuanto la distinción entre el *derecho* y el *hecho*, que quiere decir entre lo que es y lo que no es derecho, no es precisamente relevante para la cuestión de la carga: en efecto, hay nociones ciertamente no jurídicas que el juez puede procurarse independientemente de las partes; de otro lado, a veces verdaderos y propios elementos de derecho no los puede adquirir él sino por medio de la parte. En primer lugar la distinción, tal como comúnmente se la ofrece, entre derecho y hecho está viciada por un concepto erróneo y estrecho del derecho; hoy se reconoce que no siendo el derecho más que el sistema de mandatos constituidos para la composición de los conflictos intersubjetivos de intereses, son derecho no sólo las normas (instrumentales o materiales), sino también los mandatos particulares (autónomos o complementarios); es, pues, derecho, no sólo una ley, sino también un decreto, un contrato, un testamento. Ahora bien, no hay duda, en lo que a la aplicación del principio de la carga se refiere, de que si la existencia de una sentencia puede ser dada a conocer al juez independientemente de una afirmación de las partes, la existencia de un contrato que no le haya sido afirmada por una de las partes, no puede ser considerada por él; y, sin embargo, también el contrato, lo mismo que la ley, es derecho. Por otra parte, hay nociones indudablemente no jurídicas que también el juez puede adquirir sin la mediación de las partes; por ejemplo, reglas de experiencia o hechos históricos. Por consiguiente, no todos los motivos de derecho están excluidos de la carga, sino solamente los que son de interés general; por tanto, *no los mandatos particulares, sino las normas jurídicas.*

bb) *Son igualmente excluidas de la carga las reglas de*

experiencia, ya pertenezcan a la cultura del juez, ya deba él recurrir para conocerlas a la asistencia del consultor; y asimismo a

cc) los *hechos históricos*, esto es, aquellos hechos cuyo conocimiento es de interés general.

Que en cuanto a este triple orden de motivos se excluya la carga, se infiere, analógicamente, del art. 115[2]; puesto que, como veremos, respecto de tales motivos se excluye la carga de la prueba (*infra*, n. 225), lo mismo debe decirse de la carga de la información, que es un presupuesto de la prueba; respecto de ellos la información del juez es totalmente libre. En cuanto a los otros motivos existe la carga, lo cual se resuelve para el juez en una doble prohibición: *prohibición de considerar existente un hecho que no haya sido afirmado por una de las partes; prohibición de considerar inexistente un hecho que haya sido afirmado por las partes concordes*. Esta doble prohibición se infiere fácilmente del art. 112 mediante el siguiente razonamiento: puesto que de ordinario el juez no puede resolver cuestiones que no resulten de las demandas de las partes, y el contenido de las demandas consiste, no sólo en las conclusiones, sino también en los motivos (*infra*, ns. 336, 386, 489), si él considera un hecho que ninguna parte ha afirmado, o niega un hecho que ambas partes han afirmado concordemente, los límites de la demanda han sido excedidos lo mismo que si estatuyese acerca de un efecto jurídico no indicado en las conclusiones.

Precisamente porque las demandas de las partes están delimitadas, no sólo por las conclusiones, sino también por los motivos, se infiere del art. 72[2], *salvo los casos en que le competa la potestad de introducir el juicio, el ministerio público, al intervenir, no puede afirmar útilmente hechos no afirmados por alguna de las partes ni negar útilmente hechos concordemente afirmados por ellas*.

β) La carga de la información acerca de los motivos, en cuanto se resuelve en una disposición de las partes sobre el material de hecho de la sentencia, *desaparece respecto de ciertas litis de las cuales de modo particular* interest rei publicae *que se haga la composición según justicia y, por tanto,*

que se la sustraiga a los azares provenientes de tal disposición.

Este principio se infiere del art. 1966 del Cód. civ., según el cual "para transigir las partes deben tener la capacidad de disponer de los derechos que constituyen objeto de la litis"; a la misma norma se contiene en el art. 806 en cuanto al compromiso (*supra*, n. 63); si la ley no consiente a las partes componer a su gusto la litis, es natural que excluya también su poder de determinar el material de hecho de la sentencia. Cuáles sean esas litis no lo dice la ley; un principio de enunciación se encuentra en el art. 806, pero no sirve, no sólo por lo incompleto de ella, sino también porque algunas de las litis en él mencionadas están sustraidas al proceso arbitral, aunque puedan ser transigidas; tales son las litis por separación entre cónyuges. La duda se resuelve, en cada caso a la luz de la naturaleza de la relación jurídica que se hace valer en juicio; corrientemente se dice que tales litis atañen a *derechos indisponibles* (cfr. art. 114), pero la fórmula no es correcta, pues si la relación es un derecho subjetivo, ello significa que la tutela del interés depende de la libre disposición de las partes; mejor sería decir, no que debe tratarse de un derecho, sino de una potestad; un buen síntoma de esta naturaleza de la litis es que se trate de aquellas respecto de las cuales el poder de introducción se confiere al ministerio público (*supra*, n. 198). Precisamente porque el proceso de cognición correspondiente a estas litis se sustrae a la disposición de las partes, se acostumbra a darle el nombre de proceso *inquisitorio*.

γ) La carga de la información aquí considerada *no se encuentra en el proceso voluntario*, porque normalmente no opera en él el contradictorio, y la presencia de una sola parte implica el peligro de que ella no ofrezca al juez más que las razones y las pruebas que favorezcan a su interés, sin que la otra parte pueda integrar las eventuales deficiencias; por eso, aunque la ley nada diga al respecto (arts. 737 y sigtes.) es *ius receptum* que el juez pueda tomar en cuenta hechos no afirmados y pruebas no producidas por las partes.

δ) La carga de la información *no atañe a los hechos de*

los cuales deriva el poder del juez (*hechos jurídicos procecales*) *de proveer sobre la demanda*, no tanto porque la parte no tenga interés en la información acerca de ellos, cuanto porque dicho poder no puede depender de su juicio; por eso el juez puede establecer, aun sin iniciativa de parte, los hechos relevantes en orden a su competencia o a la capacidad o a la legitimación de una parte; a ello no contrasta la fórmula del art. 115, ya que en ella se habla de pruebas puestas como fundamento de la decisión, no de la providencia, con la cual se reconozca o desconozca el poder de pronunciarla (*infra*, n. 481); por el contrario, a ello se refiere el art. 112, donde se habla de excepciones (*rectius*, cuestiones) que el juez debe proponerse de oficio. Constituyen excepción a esta regla los casos en que la ley admite que el poder del juez depende de la iniciativa de las partes (un ejemplo lo suministra la competencia por elección; *supra*, n. 158).

c) En el proceso ejecutivo, si se trata de expropiación, sirven al juez para proveer sobre la litis también los *bienes* (*supra*, ns. 183 y sigtes.); ahora bien, también respecto de los bienes se plantea el problema de la carga, lo mismo que respecto de las razones y en particular de los motivos; a fin de encontrar los bienes que hay que expropiar se necesitan informaciones, que por su interés el acreedor o también el deudor suministran de ordinario al oficio; se trata de saber si y en qué límites la correspondiente facultad se convierte en carga. La ley ofrece escasos elementos para la solución de esta cuestión. Una prohibición al oficio de asumir en cuanto a los bienes informaciones por sí mismo, no existe ni puede demostrarse; pero tampoco existe una obligación del juez o en general del oficial de informarse en otra forma, si no es informado por las partes, por lo cual hay que admitir que el oficial a quien se le requiere el embargo, si la parte no le indica cuáles son los bienes que hay que embargar, pueda abstenerse de hacerlo; esto basta para que una carga de la información deba reconocerse en cuanto a los bienes. En particular es cierto que dependiendo de las partes la elección acerca de la cualidad de los bienes que hay que embargar (*infra*, número 686) y, por tanto, acerca del tipo de expropiación que

hay que emprender (expropiación de bienes muebles, de bienes inmuebles, de créditos), las correspondientes informaciones deben ser suministradas al oficio que precede por el acreedor.

225. CARGA DE PRUEBA (8).

Que el juez sea informado de los motivos es necesario, pero no suficiente para conseguir los fines del proceso, para los cuales es necesario también que la información sea verificada mediante pruebas. Fruto de la misma tendencia en virtud de la cual las partes se sienten impulsadas a informar lo mejor posible al juez, es que ellas les suministran también las pruebas de la mejor manera posible. Pero también a que se plantea en los términos indicados a propósito de la carga de información, el problema sobre si y hasta qué punto la correspondiente facultad se constituye en carga.

El problema está dominado por el principio en virtud del cual, mientras en el proceso operan dos partes en contraste entre sí, es no sólo posible, sino útil, privar al juez de toda iniciativa en orden a la búsqueda de las pruebas, en la cual debe pensar en su interés cada una de las partes; es verdad que esto la estimula a proponer sólo las pruebas favorables, no las pruebas contrarias, pero a ello provee naturalmente la otra; así, no pudiendo contar con la iniciativa del juez, cada parte se ve estimulada al máximo en la búsqueda y el juez, a su vez, queda libre de una tarea que puede comprometer su imparcialidad. Por eso *a la facultad de cada una de las partes se agrega la carga de proponer las pruebas en apoyo de los motivos adoptados por ella*. El principio de la carga de la prueba se enuncia así por el art. 115: "salvo los casos previstos por la ley, el juez debe poner como fundamento de la decisión las pruebas propuestas por las partes o por el ministerio público".

(8) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 345; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 451; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 331; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 456; CARNELUTTI, *La prova civile*, pág. 30; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1942; AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1932.

La carga, en cuanto a las pruebas, está atemperada, a diferencia de lo establecido en cuanto a las razones (*supra*, n. 224), por la facultad en todo caso atribuida al ministerio público, aun cuando interviene en un proceso no introducido por él, de "producir documentos" y "deducir pruebas" (artículo 72²). El apartado del art. 115 deroga a la regla en cuanto a los motivos que responden al concepto de la *notoriedad* (*supra*, n. 224); pero la excepción no es completa, debiéndose excluir, por las razones expuestas en el punto anterior, la carga también en cuanto a los hechos *incontrovertidos*; así se llaman los hechos (menos propiamente llamados *pacíficos*) acerca de los cuales las partes hayan hecho *afirmaciones concordes* (*supra*, n. 224), para lo cual no basta naturalmente, el silencio de una parte frente a la afirmación de la otra, por lo cual, mientras no esté expresamente dispuesto por la ley, no hay que hablar de una carga de la contestación; además, la carga se excluye en cuanto a las "informaciones... relativas a actos y documentos" de la administración pública, las cuales no sólo pueden ser suministradas sin observancia de las reglas prescritas para la prueba testifical (*infra*, n. 448), sino también requeridas por el juez de oficio (art. 213); puesto que si la primera de estas excepciones está justificada por la cualidad del testigo, no así aparece la segunda, y de todos modos las normas excepcionales no se pueden aplicar por analogía (art. 14, disposiciones preliminares), no se puede inferir del art. 213 un argumento para considerar que se haya derogado también a este respecto la carga de la información, razón por la cual los "actos o documentos", objeto del requerimiento, no sólo deben ser relevantes para la decisión, sino que deben resultar al juez de la información de una de las partes.

La carga de la prueba atañe a la búsqueda de las pruebas, no a la inspección ni a la valoración de ellas; cuando la persona o la cosa que hace de prueba es introducida en el proceso, la potestad del juez de someterla a la inspección o de extraer de ella elementos para su convencimiento, no está subordinada a iniciativa alguna de parte. Habida cuenta, pues, de que las partes mismas hacen de prueba, en cuanto

de su manera de ser puede el juez argumentar acerca de la verdad de sus alegaciones, y que ellas en todo caso *están ya en el proceso*, no constituye derogación a la regla de la carga de la prueba estatuida por el art. 115[1], ni que el juez puede en todo caso ordenar la comparecencia personal de las partes, esto es, someterlas a su inspección (art. 117; el llamado *interrogatorio no formal; infra*, n. 441), ni que de la valoración de su actitud en el proceso pueda el juez inferir, según su prudencia, útiles argumentos de convicción (cfr. arts. 116[2] y 200[2], donde menos exactamente se habla de "argumentos de prueba", siendo así que *prueba*, o más exactamente todavía, *presunción* [*supra*, n. 166], es la parte misma en cuanto actúa en el proceso).

La carga de la prueba es común al proceso ejecutivo, al cual no habría razón para no extender la norma contenida en el art. 115, con esta particularidad, que dicha carga atañe, ante todo, no tanto a la exhibición de la prueba, cuanto a la exhibición del *título* (*supra*, ns. 172 y sigtes.), el cual es precisamente el título ejecutivo (art. 474). Pero la carga no se limita al título ejecutivo; otros documentos, según los casos deben ser producidos por el acreedor que acciona (cfr. arts. 557 y 567[2]) o que interviene.

El art. 115 deja a "salvo los casos previstos por la ley", esto es, ciertos casos en los que la ley consiente al juez una iniciativa en la búsqueda de las pruebas; quien recuerde el principio en que se funda la carga, adivinará fácilmente cómo, además de los temperamentos ya indicados, tales casos deben referirse: *a*) *a tipos de proceso contencioso, en el cual las partes no pueden considerarse en condiciones de perfecto equilibrio* (cfr. arts. 439 y 464[1]; *infra*, ns. 652 y 658); *b*) *a tipos de proceso contencioso en el cual no opera el contradictorio ni hay garantía de pruebas especialmente seguras* (cfr. arts. 672[3], 689[1]; *infra*, ns. 883 y 905); *c*) *finalmente, al proceso voluntario* (*infra*, ns. 907 y sigtes.).

De la carga de la prueba, tal como ahora la hemos considerado, debe distinguirse otro aspecto del instituto que se refiere a la *posición de los hechos inciertos* como fundamento de la sentencia o en general de la providencia judicial. Puede

ocurrir que el juicio dependa de la cognición de un hecho, que pese a toda diligencia de las partes y del mismo juez, cuando sea libre su iniciativa, no se sepa si ha existido o no; excluido que en este caso el juez pueda eximirse de la obligación de decidir o en general de proveer, pronunciando un *non liquet* (art. 112), hay que prescribir respecto de tales casos una regla, que, teniendo carácter análogo a las reglas sobre la prueba legal, pertenece al derecho material (cfr. art. 2697, Cód. civ.); aquí se alude con ello, por tanto, a lo que es necesario para aclarar sus relaciones con la carga de la prueba. La experiencia en que se funda es que si un hecho existe, la parte que tiene interés en afirmarlo, en cuanto de él se le sigue un efecto jurídico favorable, consigue dar la prueba de él; por eso, si no se da la prueba, hay razón para considerarlo inexistente; la regla es, por tanto, en su fórmula más general, que *la falta de certeza de un hecho perjudica a aquella de las partes que tiene interés en su afirmación y, por tanto, la falta de certeza del hecho constitutivo perjudica a quien hace valer el derecho, mientras que la falta de certeza del hecho extintivo o invalidativo perjudica a aquel contra quien se lo hace valer.* De la aplicación de esta regla deriva un nuevo aspecto de la carga de la prueba, en el sentido de que cada una de las partes tiene que proponer la prueba de los hechos en cuya afirmación está interesada, no sólo en cuanto dicha prueba no puede el juez buscarla por sí, sino en cuanto el hecho será reconocido inexistente también si falta la prueba.

El instituto de la carga de la prueba, tiene, pues, dos caras, una de derecho procesal y otra de derecho material, por lo cual es justo que de él se ocupen tanto el Código de procedimiento como el Código civil; este último dispone precisamente en el art. 2697, con una fórmula analíticamente construida sobre la distinción de los hechos jurídicos según la función (*infra*, n. 286), que "quien quiere hacer valer un derecho en juicio, debe probar los hechos que constituyen su fundamento" y quien "excepciona la ineficacia de tales hechos o excepciona que el derecho ha sido modificado o extinguido, debe probar los hechos en que se funda la excepción".

Esta regla, aunque su fórmula no contenga una reserva análoga a aquella con la cual se abre el art. 115[1], sufre, sin embargo, frecuentes excepciones en virtud de otras normas que, como suele decirse, *invierten la carga de la prueba* (en sentido material); alguna de tales excepciones está estatuida en el Código de procedimiento civil: véanse entre otros, los artículos 662 y 663[1], en materia de proceso de desalojo, de los cuales resulta que si el intimado no comparece o compareciendo no se opone a la demanda, debe ésta ser acogida sin que quien la propuso tenga que suministrar la prueba.

226. CARGA DE EXHIBICION (*).

No sólo la parte tiene carga de proponer al juez las pruebas de los hechos que tiene interés en afirmar, sino también de *someter su persona o sus cosas a la inspección, aunque tenga interés en sustraerse a ella, si el juez la ha ordenado* (art. 118[1]); aunque en rigor el someterse a la inspección comprenda también el responder a las interrogaciones, de esta última hipótesis la ley se ocupa separadamente (artículos 117, 230 y sigtes., 233 y sigtes.) un límite de esta carga está estatuido en cuanto al proceso colectivo por el art. 421 cuya norma, aunque muy mal redactada, deja entender que si la parte debe responder a las preguntas, no está igualmente obligada a mostrar los documentos de la hacienda que ella no haya producido espontáneamente, por lo cual debe considerarse excluida del *acceso judicial* (*rectius*, inspección) la contabilidad de la hacienda. La carga se subordina a la necesidad en que el juez se encuentre de someter la cosa o la persona a la inspección para conocer la verdad, o como dice el art. 118, a que sea la inspección *indispensable* para ese fin; tal necesidad se resuelve, no sólo en la relevancia de la prueba (*infra*, n. 434), sino también en el defecto de otras pruebas, que puedan servir al objeto; cuando tales pruebas existan, el sacrificio que se le siga a la parte de la exhibición, debe ser economizado.

El deber de las partes se clasifica en tal caso entre las

(9) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 342.

cargas, puesto que las consecuencias de su inobservancia no consisten más que en el perjuicio que a ellas puede seguírseles en orden a la tutela del interés comprometido en el proceso en cuanto el juez pueda o deba deducir de la inobservancia que los hechos para cuya verificación se ordena la inspección o el interrogatorio, son verdaderos; tales consecuencias están respectivamente establecidas por los artículos 116², 118², 232² y 239, con la diferencia de que en cuanto a la inobservancia de la orden de exhibición (art. 118²) o de interrogatorio (art. 232²), el juez sólo *puede*, y, en cambio, respecto de la observancia de la orden de juramento, *debe* considerar verdaderos los hechos que con tal medio se querían probar y, por tanto, la carga, en cuanto al juramento es mucho más grave.

227. CARGAS FINANCIERAS (10).

El fundamento de la teoría de las cargas financieras es el *costo del proceso.*

De este costo se puede hablar en sentido más o menos amplio. En sentido estricto se comprenden en ellas sólo los gastos necesarios para el movimiento del mecanismo procesal; en sentido más amplio a tales gastos se agregan las otras partidas que el proceso implica; quien desee tener una confirmación de la distinción, piense que entre otras cosas entra sólo en el costo en sentido amplio el *lucrum cessans* sufrido por la parte que para defenderse tenga por un tiempo más o menos largo que abandonar sus acostumbradas ocupaciones.

El costo en sentido estricto se distingue en costo *general* o *particular.* Se llama costo *general* la fracción que a cada proceso puede imputársele de los *gastos generales de la administración de la justicia* (estipendios de los oficiales del proceso; provisión de los medios materiales para su desenvolvimiento: locales del oficio, muebles, libros, objeto de se-

(10) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 435; CARNELUTTI, *Finanza e processo*, en *Rivista di dir. fin.*, 1937, I, pág. 243; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 347; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 169; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 249; ALLORIO, *Riflessioni sulla diminuzione della litigiosità*, en *Giur. it.*, 1937, IV, 197.

cretaría). El costo *particular* lo constituyen, en cambio, los gastos necesarios para los actos singulares de cada proceso (indemnizaciones a los testigos; retribución al consultor técnico o al custodio; transporte de muebles en el proceso de ejecución, etc.); en él entran también los gastos para el cumplimiento de los actos de parte (honorarios a los defensores; gastos de copia y de impresión; gastos para la producción de documentos; gastos de traslado, etc.).

Este costo se pone *a cargo de las partes,* no en virtud del criterio del interés en el gasto, que tratándose de administración de justicia es un interés público, sino en virtud del criterio de la *causa del gasto,* que se remonta a las partes. En el proceso voluntario, en que no opera más que una parte, el problema está ya resuelto; en el proceso contencioso, para resolverlo, hay que determinar todavía cuál de las partes debe, en definitiva, soportar su costo: solución fácil si se reflexiona que *causa del gasto* es la que no tiene razón y, por tanto, hubiera debido abstenerse de la litis: así es en el proceso de cognición la *parte vencida* (*infra,* n. 237) y en el proceso ejecutivo el *deudor* (*supra,* n. 107). Por lo demás, este criterio de selección entre las partes no puede actuar al principio del proceso; en el proceso de cognición quién será el vencido sólo se sabrá en el epílogo; en el proceso ejecutivo no se puede pretender que desde el principio el deudor suministre los medios para que se haga el proceso en contra de él. Por eso en el proceso contencioso el problema relativo a la incidencia de los gastos se resuelve en dos fases: *en un primer momento se impone a cada una de las partes la carga de anticipar el costo de los actos que realiza o que solicita; en un segundo momento se impone a la parte vencida o deudora la obligación de reembolsar a la otra los gastos anticipados por ella.*

228. CARGA DE LAS COSTAS (11).

Dice el art. 90 que "cada una de las partes debe proveer a los gastos de los actos que lleva a cabo y de los que pide,

(11) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 347; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 338; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 83; LUGO, *Manuale*, pág. 82;

cretaría). El costo *particular* lo constituyen, en cambio, los gastos necesarios para los actos singulares de cada proceso (indemnizaciones a los testigos; retribución al consultor técnico o al custodio; transporte de muebles en el proceso de ejecución, etc.); en él entran también los gastos para el cumplimiento de los actos de parte (honorarios a los defensores; gastos de copia y de impresión; gastos para la producción de documentos; gastos de traslado, etc.).

Este costo se pone *a cargo de las partes,* no en virtud del criterio del interés en el gasto, que tratándose de administración de justicia es un interés público, sino en virtud del criterio de la *causa del gasto,* que se remonta a las partes. En el proceso voluntario, en que no opera más que una parte, el problema está ya resuelto; en el proceso contencioso, para resolverlo, hay que determinar todavía cuál de las partes debe, en definitiva, soportar su costo: solución fácil si se reflexiona que *causa del gasto* es la que no tiene razón y, por tanto, hubiera debido abstenerse de la litis: así es en el proceso de cognición la *parte vencida* (*infra,* n. 237) y en el proceso ejecutivo el *deudor* (*supra,* n. 107). Por lo demás, este criterio de selección entre las partes no puede actuar al principio del proceso; en el proceso de cognición quién será el vencido sólo se sabrá en el epílogo; en el proceso ejecutivo no se puede pretender que desde el principio el deudor suministre los medios para que se haga el proceso en contra de él. Por eso en el proceso contencioso el problema relativo a la incidencia de los gastos se resuelve en dos fases: *en un primer momento se impone a cada una de las partes la carga de anticipar el costo de los actos que realiza o que solicita; en un segundo momento se impone a la parte vencida o deudora la obligación de reembolsar a la otra los gastos anticipados por ella.*

228. CARGA DE LAS COSTAS (11).

Dice el art. 90 que "cada una de las partes debe proveer a los gastos de los actos que lleva a cabo y de los que pide,

(11) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 347; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 338; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 83; LUGO, *Manuale*, pág. 82;

y debe anticiparlos en cuanto a los otros actos necesarios para el proceso cuando el anticipo esté establecido a su cargo por la ley o por el juez" (cfr. art. 210[3]); en realidad, pese a lo impreciso de la fórmula se trata en ambos casos de anticipo, pues también los gastos referentes a los actos de parte deben ser reembolsados si concurre su presupuesto. El anticipo se hace de los modos siguientes.

a) Respecto de los actos de las partes, cada una de ellas gasta lo necesario para que su acto se realice o bien lo necesario para que se lleve a cabo el acto que a requerimiento suyo debe ser realizado por la otra parte (ejemplo, art. 210[3]).

b) Respecto de los actos de los oficiales, el anticipo se hace unas veces mediante el pago de sumas al Estado, y otras veces mediante el pago de sumas por cuenta del Estado. El primer caso se verifica de ordinario, mediante el pago de los *impuestos de sello o de registro,* éstos se pagan a veces con ocasión del cumplimiento de actos de parte (ejemplo, cédulas de citaciones, escritos en forma de recursos, comparecencias escritas; *infra,* n. 336), pero las sumas pagadas sirven siempre para la formación de los fondos para el costo de los actos de oficio; el segundo caso atañe al pago a oficiales o encargados de sumas que en compensación de sus servicios serían debidas por el Estado, pero que éste, por comodidad, delega en las partes; así ocurre, entre otros casos, en orden a los llamados *derechos* (a compensación) por notificación de actos o por formación de copias, que se deben a los secretarios y a los oficiales judiciales (*supra,* n. 195). Puesto que el papel timbrado se emplea también para la formación de documentos escritos por el oficio (ejemplo, actas, providencias; *infra,* ns. 338 y sigtes., 345), lo que para ellos se necesita y que debe ser suministrado por la parte que requiere el acto documentado, se determina previamente por el secretario, o en caso de desacuerdo (entre el secretario y la parte), por el jefe del oficio, y se lo anticipa según las normas de los arts. 38 y sigtes., de las disp. de aplicación;

CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali,* 2ª ed., Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1935, pág. 173; CARNELUTTI, *Obbligo di anticipazione delle spese,* en *Rivista di dir. proc. civ.,* 1941, I, pág. 350.

así también se hace en cuanto a las remuneraciones debidas al secretario ("gastos de secretaría"; *ibi*); las normas a que ahora nos hemos referido prevén también nuevos anticipos para el caso de que los ya hechos no sean suficientes, a propósito de lo cual, sin ninguna buena razón, el art. 38[4], de las disp. de aplicación, pone a cargo de la parte, y hasta del defensor, la obligación, no sólo la carga, del anticipo suplementario.

c) Ninguna norma existe en cuanto al anticipo de las remuneraciones debidas a los encargados judiciales (cfr. en cuanto al custodio, art. 65[2]; en cuanto al consultor técnico, el art. 24, de las disp. de ap.) la laguna es singular; de todos modos, creo suficiente el principio expresado en el art. 90, para que al juez se le reconozca la potestad de determinar en vía preventiva, total o parcialmente, la remuneración, y ordenar su depósito en la secretaría.

d) En cuanto a los actos de los terceros, el gasto debe ser anticipado por la parte que los requiere (cfr. art. 210[3], que debe aplicarse por analogía, en defecto de norma especial, también en orden a la indemnización a los testigos prevista por el art. 107 de las disp. de aplicación).

229. EXONERACIÓN DEL ANTICIPO DE LOS GASTOS.

Si quien no tiene los medios para hacer el anticipo de los gastos tuviera por ello que renunciar al proceso, el sistema podría resolverse contra la justicia, con gravísimo daño público. Por tanto, la parte pobre debe ser exonerada del anticipo de los gastos, a lo cual provee el decreto del 30 de diciembre de 1923, n. 3282, sobre el patrocinio gratuito. Las condiciones de esta exoneración son dos:

a) La primera consiste en la *pobreza* del litigante, que debe entenderse en sentido *relativo*, no absoluto, como insuficiencia de medios "para subvenir a los gastos de la litis" (art. 16, *ibi*); a la pobreza se equipara la *finalidad de beneficencia* cuando el litigante sea una persona jurídica (art. 16, *ibi*).

b) Si bastase la pobreza para determinar la exonera-

d) al litigante pobre deben prestársele gratuitamente y salvo el reiterado derecho, otros servicios que le sean necesarios para el proceso: tales son las prestaciones de los notarios (para la formación del poder; art. 11, n. 3, *ibi*) o de empresas periodísticas (para las inserciones de los avisos judiciales, art. 11, n. 5, *ibi*);

e) finalmente, los gastos correspondientes a eventuales traslados de oficiales o de testigos son soportados por el Estado, salvo siempre su reembolso una vez terminado el proceso.

230. CARGA DE LA CAUCION (12).

Puesto que el valor efectivo de la obligación de reembolso de las costas o de resarcimiento del daño (*infra*, ns. 237 y sigtes.), depende naturalmente de la existencia de bienes que puedan ser expropiados si el obligado no cumple, a fin de reforzar esta obligación en los casos en que haya particular dificultad para su realización, puede ser impuesta por el juez al actor la carga de prestar una caución (art. 98[1]).

Según la fórmula de la ley, esta carga puede ser impuesta por el juez al actor en virtud de instancia del demandado (en el tiempo previsto por el art. 85, de las disp. de apl.); estas palabras sugieren la hipótesis del proceso de cognición; pero puesto que la norma está colocada en la parte general, comprensiva de todo tipo de proceso, hay que reconocer que la carga se refiere también al acreedor que promueve el proceso ejecutivo. Según la fórmula, debería considerarse también que la caución se refiere exclusivamente al reembolso de las costas, y no al resarcimiento de los daños; pero siendo la fórmula "reembolso de las costas" utilizada en el lenguaje corriente para comprender todo caso de responsabilidad de la parte vencida en orden al costo del proceso, incluso agravada (art. 96; *infra*, n. 240), será mejor interpretada la ley si se consiente al juez, en los casos oportunos, extender la

(12) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 90; NEGRO, *La cauzione per le spese*, Padova, Cedam, 1954; NEGRO, *La cauzione per le spese e il concetto di parte*, en *Rivista di dir. proc.*, 1953, II, pág. 262.

caución también al resarcimiento de los daños; se entiende que a este fin debe aparecer fundada la previsión de una responsabilidad por resarcimiento. Finalmente, el fundado temor de que "la... condena pueda quedar sin ejecución" atañe a la inexistencia de tales bienes de la parte que puedan ser afectados mediante la expropiación forzada; entra ciertamente en esta hipótesis el caso del extranjero que no tenga bienes manifiestos en Italia. La instancia para la imposición de la caución da lugar a un incidente que el juez (instructor; *infra*, n. 402) resuelve mediante ordenanza, salvo el juicio definitivo del colegio (*infra*, n. 430).

A la carga de la caución puede estar subordinada también la ejecución provisional de la sentencia (art. 282; *infra*, n. 484), o también la impugnación en casación (art. 364; *infra*, n. 580) o en revocación (art. 398[3]; *infra*, n. 621); en la segunda hipótesis la caución atañe a la obligación de multa puesta a cargo del recurrente en caso de vencimiento (*infra*, n. 241).

La caución debe ser prestada "en dinero o en títulos de la deuda pública en los modos establecidos para los depósitos judiciales" (art. 86[1], de las disp. de apl.); pero se consiente al juez determinar en otra forma tanto el modo como el contenido de ella, procurando conciliar el beneficio de la caución con el sacrificio de quien debe prestarla (art. 119), y así, por ejemplo, prescribiendo la constitución de una prenda, de una hipoteca o de una fianza. En cuanto a los juicios de casación, revocación u oposición al decreto de inyunción o a la ordenanza que consolida el desalojo, la caución se presta mediante el depósito de la suma puesta a cargo del vencido a título de multa (arts. 364, 398[3], 651, 668[3]).

SECCION V. — DE LAS OBLIGACIONES (13)

231. OBLIGACIONES PROCESALES DE LAS PARTES.

No basta para el racional aprovechamiento del interés de las partes a los fines de la administración de la justicia, corregir mediante el sistema de las cargas las eventuales deficiencias de la actividad de las partes, mientras que es necesario también con un sistema de obligaciones rectificar las desviaciones de ella que pueden ser tanto o más peligrosas.

No se trata aquí de subordinar al interés en litigio otro interés de la parte misma, estimulándola de este modo a operar en el proceso, sino de subordinar un interés de la parte a un interés ajeno mediante el vínculo proveniente de la sanción, poniendo sobre esa parte no tanto una carga cuanto una verdadera obligación, cuya naturaleza procesal, deriva de la naturaleza del interés predominante, que es el interés en la justa composición de la litis. La obligación procesal de la parte, es, por tanto, *un vínculo impuesto a su iniciativa para la subordinación de un interés suyo al interés (público), concerniente a la justa composición de la litis.*

232. CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES DE LAS PARTES.

Las obligaciones procesales de las partes, cuyo completo conocimiento se ha obtenido mediante investigaciones científicas recientes, se pueden dividir en grupos, que hasta cierto punto corresponden a la clasificación de las cargas procesales: *a*) obligaciones relativas al *impulso procesal*; *b*) obligaciones relativas a la *información*; *c*) obligaciones relativas a la *prueba*; *d*) obligaciones relativas al *costo del proceso.*

233. OBLIGACIONES RELATIVAS AL IMPULSO PROCESAL.

Para que la carga de impulso inicial (*supra*, n. 222) funcione perfectamente, esto es, para tener la seguridad de

(13) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 878; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 350; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 135; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 79; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 325; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 446; LUGO, *Manuale*, pág. 81.

que el interés en litigio estimule a la parte a dirigirse, cuando hay necesidad, al oficio, conviene impedirle el empleo de otro medio distinto del proceso para la tutela de su interés en litigio; se trata de cerrar a ese interés toda otra vía que no sea la judicial. Esto se obtiene imponiendo a la parte *la obligación de no recurrir a la fuerza para la tutela del interés en litis, o como suele decirse, de no hacerse la justicia por su mano.* Esta obligación, de naturaleza genuinamente procesal, está estatuida por los arts. 392 y 393 del Cód. pen., relativos a los delitos de *ejercicio arbitrario de los propios derechos con violencia sobre las cosas o sobre las personas.*

Aunque esta obligación sea procesal, como está penalmente garantizada, su estudio entra en el ámbito de la ciencia del derecho penal.

234. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA INFORMACION PROCESAL (14).

Cuando el art. 88[1] establece que "las partes... tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad", alude ciertamente a su obra de información, que puede prestarse, bajo el estímulo del interés del litigio, a narrar al juez la falsedad o a ocultarle la verdad: la fórmula más antigua y exacta al respecto es precisamente la del *deber de verdad*; el hombre probo e ideal rechaza toda tentación de esta índole y no calla ni altera la verdad aunque pueda lesionar a su interés; sin embargo, la enunciación del art. 88 no basta para constituir una obligación, la cual no nace sólo del precepto, sino de su combinación con la sanción.

La sanción se encuentra en el art. 96[1], cuya norma pone a cargo del vencido en el proceso de cognición, además del reembolso de las costas, el resarcimiento del daño si obró "con mala fe o culpa grave" (*infra*, n. 240), y la misma consecuencia dispone en el proceso de ejecución a cargo del acreedor cuyo derecho se haya considerado inexistente si "ha obrado sin la normal prudencia" (*ibi*). La mala fe, la culpa o la imprudencia aluden a la violación de un precepto que no puede ser más que el contenido en el art. 88, y que se viola,

(14) ANDRIOLI, *Commento*, I, págs. 243 y 266; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 85; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 188.

no sólo cuando se calle o altere intencionalmente la verdad (*mala fe*), sino también cuando la parte no haya usado de la diligencia necesaria para conocerla y hacerla conocer al juez (*culpa, imprudencia*). Es verdad que según el art. 96 el resarcimiento lo debe quien haya transgredido el precepto del art. 88 sólo si ha sido vencido; en la hipótesis contraria el resarcimiento se excluye, porque, en principio, no hay daño que resarcir; si, no obstante la reticencia o la mentira, la parte tenía razón, su actitud no ha podido perjudicar ni a la contraparte ni a la justicia; sin embargo, para aquellos casos en que a la parte vencida la actitud de la otra parte contraria a la probidad o a la lealtad haya ocasionado daño, puede ser impuesta una obligación al reembolso también a cargo de la parte vencedora (arts. 88, 92[2]; *infra*, n. 237; cfr. arts. 184 y 345[2]).

Hemos dicho que la obligación de no ofender "en los escritos presentados y en los discursos pronunciados ante el juez" a otras personas (art. 89) no tiene carácter procesal (*supra*, n. 203). Pero la prohibición del art. 89 se extiende de las expresiones ofensivas a las simplemente "inconvenientes" (indecorosas); y la obligación que de ello se sigue, constituida en tutela del decoro y de la seriedad del proceso, es, en cambio, estrictamente procesal: expresiones inconvenientes, que si fuesen usadas en un escrito o en un discurso extrajudicial no reclamarían sanción alguna, si se hallan en los escritos o en los discursos de que habla el art. 89[1], pueden determinar, según el art. 89[2], la orden de cancelación en que debe contemplarse un ejemplar de sanción restitutoria.

235. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA PRUEBA.

a) El art. 371 del Cód. pen. castiga el falso juramento de la parte, ya sea decisorio o supletorio (*infra*, n. 443); hay, pues, una *obligación particular de la parte de decir la verdad cuando su testimonio se asume con juramento.*

b) El art. 374 del Cód. pen. prohibe a cualquiera (y, por tanto, también a la parte misma) "en el curso de un procedimiento civil... a fin de inducir a engaño al juez en un

acto de inspección... o al perito en la ejecución de una pericia" *cambiar artificiosamente el estado de los lugares de las cosas o de las personas*; así la ley constituye *a cargo de la parte la obligación de no falsificar las pruebas directas y las presunciones.*

c) Finalmente se constituye *a cargo de la parte la obligación de no concurrir a la formación de un falso testimonio del tercero o de una falsa pericia* (arts. 372 y 373 en relación con el art. 110 del Cód. pen.); en cuanto al falso testimonio se prohibe la instigación, aunque no se preste el falso testimonio (art. 377, Cód. pen.).

236. OBLIGACIONES RELATIVAS AL COSTO DEL PROCESO (15).

Ya hemos visto que, a fin de distribuir según justicia el costo del proceso, después de haber establecido a cargo de cada una de las partes la carga de anticipo de las costas (*supra*, n. 228), la ley tiene que imponer una obligación de reembolso a aquella de las partes que dio causa al gasto o al daño. También éste es un grupo de obligaciones de la parte de carácter netamente procesal, no tanto porque la obligación nace de la actividad procesal, cuanto porque tiende también ella a la justa composición de la litis: si el daño ocasionado por el proceso a aquella parte que tiene razón no le fuese resarcido por la que no la tiene, la litis no quedaría justamente compuesta.

Es obvio que la obligación de que hablamos no atañe al proceso voluntario, salvo en orden a las especies de él que están constituidas según el principio del contradictorio, sobre el modelo del proceso contencioso (*supra*, n. 218).

Para el estudio de este instituto sirve la distinción, ya explicada, entre costo del proceso en sentido amplio y costo

(15) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 445; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 443; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 550; REDENTI, *Profili*, pág. 485; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 189; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 353; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 338; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 83; CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 251; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 86; MINOLI, *La distribuzione delle spese tra le parti*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1942, I, pág. 227.

en sentido estricto (*supra*, n. 227), en orden a la cual están constituidas respectivamente la *obligación de reembolso de las costas* y la *obligación de resarcimiento del daño*.

237. OBLIGACION DE REEMBOLSO DE LAS COSTAS.

Hecho constitutivo de la obligación de reembolso es en principio la *actividad de la parte que dio causa al proceso*; ésta se determina diversamente según se trate de proceso de cognición o de proceso de ejecución.

a) En cuanto al proceso de cognición (contencioso; *supra*, n. 227) hay que distinguir todavía *según que el proceso se cumpla* o que *se extinga antes del cumplimiento*.

α) En la primera de dichas hipótesis, quien dio causa al proceso es la parte *vencida* (art. 91); se dice vencida la *parte cuya pretensión o cuya oposición no ha sido acogida por el juez al que se ha acudido*; se comprende en esta fórmula tanto la hipótesis del *pronunciamiento desfavorable positivo* (*rechazo de la pretensión o de la oposición*) como la del *pronunciamiento negativo* (*absolutio ab instantia*; *no proponibilidad o no procedibilidad de la demanda*; *infra*, n. 481); un caso de pronunciamiento negativo (por defecto de interés) es el previsto por el art. 216[2], en materia de verificación de escritura privada (*infra*, n. 456); vencimiento hay también por el rechazo de una razón puramente procesal (cfr. art. 54[3], en materia de recusación del juez, *supra*, n. 121).

El vencimiento puede ser *múltiple*; esta hipótesis puede darse en el proceso acumulativo (*infra*, n. 259), pero también en el proceso simple (ejemplo, con intervención por adhesión; *supra*, n. 105); si los vencidos son más de uno, la regla es que la obligación del reembolso compete a cada uno de ellos por partes iguales (art. 97[2]); a esta regla puede el juez derogar dividiéndolo en partes desiguales cuando no haya sido igual su "interés en la causa" (*rectius*, en la litis; ejemplo, condena de dos codeudores por cuotas desiguales; art. 97[1]); puede también el juez establecer entre todos o algunos de los vencidos la solidaridad en la obligación del

reembolso cuando hayan tenido "interés común"; esta última fórmula, que depende del criterio del *interés* más que del criterio de la *acción,* es manifiestamente errónea ya que la comunidad, que no es más que conexión de intereses, se verifica en todos los casos de vencimiento múltiple; el intérprete debe entenderla, por tanto, con referencia a la actitud procesal de los vencidos que hayan obrado de común acuerdo para la defensa de los intereses de cada uno de ellos en forma que hicieran oportuna la garantía recíproca en ventaja del acreedor en la cual se resuelve la solidaridad.

El vencimiento puede ser *recíproco* en el caso de que en parte la pretensión y en parte la oposición no haya sido acogida; en tal hipótesis el vencimiento de uno elide el vencimiento del otro dentro de los límites de los intereses respectivamente lesionados por el rechazo de la pretensión y de la oposición; si tal equivalencia no existe, el vencimiento puede ser *parcial.* El vencimiento recíproco excluye la obligación del reembolso (art. 92[2]).

El vencimiento determina por lo común la obligación de reembolso de las costas; pero a esta regla se admiten excepciones. Ante todo puede el vencido ser exonerado de la obligación de reembolso si hay *justos motivos* (art. 92[2]); tales motivos concurren *cuando una parte haya perdido a pesar de su comportamiento probo y leal o por las relaciones entre las partes sea éticamente oportuno que la otra parte no consiga el reembolso.* En tal caso se dice que las *costas quedan compensadas*; la compensación puede ser *total* o *parcial*; un motivo de compensación parcial está textualmente previsto en la *superfluidad* o *excesividad* del gasto (art. 92[1]); superfluo es el gasto *cuando se refiere a un acto inútil, nulo o tal que pudiera realizarse sin él*; excesivo, *cuando se refiere a un acto que podía ser realizado con un gasto menor.* Una particular exoneración para el vencido en el proceso individual en el trabajo en cuanto a los honorarios del abogado (defensor consultor) de la otra parte está dispuesta, habida cuenta del valor de la litis, por el art. 449. Puede, además el vencido no tanto ser exonerado del reembolso cuanto tener derecho frente a la otra parte al reembolso de los gastos que

ha debido anticipar con ocasión del comportamiento de aquélla, que sea contrario a las reglas de la probidad y de la lealtad (arts. 92[1], 88; cfr. arts. 184 y 345[2]).

β) Si el proceso de cognición se extingue (*infra*, n. 511), *se considera que dio causa a él la parte que revoca su demanda* (art. 306[4]; *infra*, n. 512): en los otros casos *no se puede determinar cuál de las dos partes ha dado causa al proceso* (arts. 92[3], 310[4]); por eso *se excluye el derecho al reembolso* a menos que las partes convengan otra cosa (*infra*, n. 516).

b) *Al proceso de ejecución ha dado causa el deudor, quien, por tanto, debe reembolsar el gasto al acreedor*; este principio, más que enunciarlo, lo presupone la ley (arts. 510[1], 611, 614).

Las normas que acabamos de citar, suponen que el proceso de ejecución llega a cumplimiento; en caso de extinción de él (*infra*, n. 856), la obligación del reembolso queda excluida (arts. 632[3], 310[4]).

238. SUJETO DE LA OBLIGACION DE REEMBOLSO.

Sujeto de la obligación de reembolso es la parte en sentido formal (***supra***, n. 101), esto es, la parte por la cual o en contra de la cual se promueve el proceso.

La aplicación de esta regla puede dar lugar a algunas dificultades en los casos en que quien actúa en el proceso sea un administrador de la persona a quien pertenece el interés en litis (***supra***, ns. 103 y 106); de ellos se ocupa la ley para establecer que si concurren "motivos graves que el juez debe especificar en la sentencia", *el reembolso puede ser debido por el administrador en vez de por el administrado, o bien solidariamente por el uno y por el otro* (art. 94); los motivos graves atañen a la culpa del administrador, que con mayor prudencia o diligencia hubiera podido evitar el proceso o el vencimiento del administrado; la coobligación del administrador y del administrado se establece para evitar una injusticia en daño de la parte victoriosa, la cual podría verificarse si el administrador fuera insolvente, pero no excluye la responsabilidad del administrador frente al administrado en virtud de las normas generales.

En los casos en que el proceso lo promueve el ministerio público no hay dificultad en reconocer que si él es el vencido y no se presentan motivos de compensación, la obligación de reembolso recae sobre el Estado; ni tampoco para admitir, si hay necesidad por analogía, la eventual aunque rara responsabilidad del oficial personalmente, según el art. 94.

Puesto que la norma del art. 94 se refiere expresamente a la condena en costas, que sólo se pronuncia con la sentencia que cierra el procedimiento de cognición (*infra*, n. 242), hay que considerarla inaplicable al caso de extinción del proceso cognitivo lo mismo que a la obligación de reembolso en el proceso ejecutivo, salvo en todo caso la responsabilidad del administrador frente al administrado según las normas generales.

239. SUJETO DEL DERECHO DE REEMBOLSO [16].

El reembolso se debe a la parte contraria a aquella a quien se impone la obligación de él (art. 91); en cuanto al proceso de cognición, si llega a cumplimiento, es de ordinario la parte victoriosa, y si se extingue, en el caso de renuncia, la parte contraria al renunciante (art. 306[4]); en cuanto al proceso de ejecución, es la parte acreedora (art. 511).

En cuanto al proceso de cognición que haya llegado a cumplimiento, se admite que *el derecho al reembolso compete al defensor dentro de los límites de los honorarios no percibidos y de los gastos anticipados* (*distracción de las costas*; art. 93[1]); a este fin debe proponerse instancia en favor propio o en favor de los demás defensores por el defensor provisto de poder (art. 93[2]); esta última norma encuentra su razón de ser en el hecho de que, al pedir la distracción, el defensor no actúa en nombre propio y, por tanto, en concepto de sustituto procesal, sino en nombre de la parte para la cual pide la condena de la parte adversaria en favor del tercero de quien la misma parte es deudora. La parte puede subro-

[16] ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 355; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 85; CARNELUTTI, *Studi*, III, pág. 217; DI STEFANO, *Natura giuridica della distrazione delle spese*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, I, pág. 219.

garse al defensor en el derecho al reembolso "cuando demuestre haber satisfecho el crédito del defensor por los honorarios y a las costas" (art. 93[2]).

240. OBLIGACION DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO ([17]).

La diferencia entre lo que hemos denominado costo en sentido estricto y costo en sentido amplio del proceso (*supra*, n. 227), constituye según el lenguaje del código el *daño ocasionado por el proceso*, además de las *costas*, también en cuanto al daño está constituida una obligación de resarcimiento a cargo de la parte que lo ha ocasionado, es decir, *del vencido* en el proceso de cognición o *del acreedor* en el proceso de ejecución (art. 96).

La obligación del resarcimiento del daño, lo mismo que la obligación del reembolso de las costas, *tiene como fundamento la injusticia de la pretensión o de la resistencia*, pero a diferencia de ella, *a la injusticia objetiva hay que agregar la mala fe o la culpa*: mala fe en la proposición de la pretensión o de la oposición se da *cuando quien la propone es consciente de la injusticia*; culpa, *cuando de haberse comportado con mayor diligencia, hubiera podido llegar a ser consciente de ello*. Puesto que tanto el proponer una pretensión o una oposición con la conciencia de su injusticia como el proponerla sin haber verificado diligentemente su justicia son actos contrarios a la probidad, la norma del art. 92[1], según la cual el vencido puede estar obligado más allá del límite de los gastos repetibles cuando haya faltado al deber de probidad o de lealtad, coincide con la del art. 96[1]: la existencia de ambas normas se explica por el hecho de que el art. 96 atañe a la responsabilidad de la parte vencida y el art. 92[1] a la responsabilidad de la parte que haya ocasionado al contrario daño con actos opuestos a la probidad o a la lealtad, aunque sea victoriosa.

Para que quien ha propuesto una pretensión u opuesto

([17]) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 356; CARNELUTTI, *Studi*, II, pág. 319; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pág. 73.

una contestación injusta en el proceso de cognición esté obligado, no sólo al reembolso de las costas, sino también al resarcimiento del daño, es necesaria la *mala fe* o la *culpa grave* (art. 96[1]). Culpa grave es, según los principios comunes, un *grave defecto de diligencia en la valoración de la justicia de la pretensión o de la oposición* y, por tanto, no haber advertido una injusticia que una diligencia, aun escasa, hubiera bastado para advertir.

En cambio, para que quien ha hecho valer una pretensión injusta mediante el proceso ejecutivo esté obligado al resarcimiento, *basta, en lugar de la mala fe o de la culpa grave, también la culpa leve,* esto es, *el defecto de la normal diligencia* (art. 96). La ley habla de "prudencia normal", especificando el tipo de diligencia que debe concurrir en el caso, y es precisamente la prudencia, es decir, la previsión respecto del resultado último de la declaración de certeza de la obligación atestada por el título ejecutivo: no basta al acreedor tener el título ejecutivo para la valoración de la justicia de la pretensión cuando con una previsión que entra en el comportamiento de la persona normal hubiera podido hacerse cargo de que terminaría por declararse la certeza de la inexistencia de la obligación; no es pues, que el hecho de que el título ejecutivo en virtud del cual ha tenido lugar el proceso ejecutivo desaparezca por la subsiguiente declaración de certeza de la inexistencia de la obligación, sino la previsibilidad de este evento, según las reglas de la prudencia normal lo que se necesita para que se deba el resarcimiento.

El monto del daño resarcible se determina según las normas comunes del derecho material.

Si la obligación de resarcimiento del daño incumbe a varios vencidos, se aplica el art. 97 (*supra*, n. 237).

241. MULTA DEL VENCIMIENTO [18].

En algunos casos, a fin de constituir un freno más enérgico todavía a la acción de las partes estimulando en ellas la prudencia, a la obligación del vencido en orden a las costas

[18] ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 361.

y eventualmente a los daños, se agrega la obligación de pagar una suma al Estado; dicha suma constituye el objeto de una *multa*, la cual, por estar determinada por el vencimiento, puede llamarse *multa de vencimiento*; es superfluo agregar que se trata de una *pena* (cfr. la fórmula de los arts. 54[3] y 226[1]) y, por tanto, de *responsabilidad penal*, si bien no se declare su certeza en el proceso penal y sea meramente *objetiva*.

La multa se impone a veces por la derrota sobre la cuestión de fondo (cfr. art. 275, Cód. civ., relativo al proceso de declaración positiva de certeza de la paternidad o de la maternidad natural; *infra*, ns. 929 y sigtes.) o sobre una cuestión incidental (cfr. art. 54[2], en materia de recusación; artículo 220[2] en materia de verificación de escritura; art. 226[1], en materia de falsedad documental); otras veces por el vencimiento en el procedimiento de impugnación y más concretamente en la fase rescisoria de la impugnación extraordinaria (*infra*, ns. 522 y sigtes., 541; cfr. art. 364, en cuanto al juicio de casación, y 398[3], en cuanto al juicio de revocación; art. 408 y art. 127, disp. de apli., en cuanto a la oposición del tercero; arts. 651 y 668[3], en cuanto a la oposición a la inyunción); en tales casos no se habla de pena pecuniaria, sino de depósito, porque en ellos la responsabilidad penal se combina con la carga de la caución (*supra*, n. 230); pero si el juez que rechaza la demanda de rescisión condena a quien la ha propuesto "a la pérdida del depósito" (cfr. artículo 402[1], que debe aplicarse por analogía al procedimiento de casación, dada la fórmula defectuosa del art. 385[1]), es indudable que el vencimiento determina la sujeción a la pena.

242. CONDENA AL REEMBOLSO DE LAS COSTAS, AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO O AL PAGO DE LA MULTA.

La obligación del reembolso de las costas, del resarcimiento del daño o del pago de la multa puede a su vez constituir el tema de una litis secundaria (derivada del proceso; *supra*, n. 11), que la ley no quiere dejar sobrevivir a ese mismo proceso. A este propósito obsérvese que las cuestiones relativas a la primera y a la segunda de tales obligaciones

pueden ser distintas y graves: en cuanto a las costas, en particular, pueden surgir, entre otras cosas, acerca del hecho constitutivo de la obligación (*vencimiento, compensación*) acerca del sujeto pasivo (*responsabilidad eventual del administrador*), acerca del sujeto activo (*distracción*), acerca del objeto (*liquidación*); en cuanto al daño, baste pensar en la gravedad de las cuestiones referentes a la mala fe o a la culpa.

Por tanto, si las costas o el daño atañen al proceso de cognición, la ley prescribe que el juez "en la sentencia que cierra el proceso ante él" (art. 91[1]) provea acerca de dicha obligación, declarando su existencia o su inexistencia y liquidando en caso de declaración positiva su importe (*infra*, n. 483); puesto que se trata de obligación secundaria, que se resuelve en una responsabilidad, la declaración tiene el carácter de la condena (*supra*, n. 35); por eso el art. 91 dice que "el juez, en la sentencia que cierra el proceso ante él, condena a la parte vencida al reembolso de las costas a favor de la otra parte y liquida su monto..."; pero habida cuenta de los casos de compensación (art. 92[3]), de distracción (artículo 93) o de condena del administrador (art. 94), conviene decir que el juez debe pronunciar no tanto la condena del vencido cuanto la providencia sobre las costas, la cual, cuando haya una condena, debe determinar también su importe; en cuanto a los gastos de los actos del procedimiento posteriores a la sentencia definitiva, la condena debe referirse a la liquidación que hace el secretario o el oficial judicial según el art. 91[2]; si se aplica el art. 96[1], la condena al resarcimiento debe ser pronunciada también conjuntamente con la sentencia definitiva y contener su liquidación.

Precisamente a fin de agotar la litis referente a los gastos o referente al daño en el mismo proceso que a ellos se refiere, el juez provee acerca de ello también a instancia de parte; esto no resulta claramente de la fórmula del art. 91, pero se infiere *a contrariis* de los arts. 93[1] y 96[2], en los cuales, en orden a la distracción de las costas y de la condena al resarcimiento del daño dependiente de la ejecución forzada, está

expresamente prevista la instancia, y en todo caso ésta es la *mens legis*.

En cuanto a la obligación relativa al reembolso de las costas del proceso cognitivo extinguido o del proceso ejecutivo, sólo está dispuesta la liquidación de ellos, es decir, la determinación del costo de los actos singulares, mediante las normas que se contienen en los arts. 306[4], 510[1], 611, que podrían estar mejor coordinadas (particularmente en cuanto a la forma de la providencia y a su impugnabilidad); la liquidación en ellos prevista no tiene, sin embargo, eficacia de declaración de certeza de la obligación de reembolso por cuestiones distintas de las concernientes a la liquidación misma.

Asimismo, la obligación del resarcimiento del daño dependiente del proceso ejecutivo debe ser declarada, a instancia de parte, en el proceso de cognición en que se pronuncia sobre el derecho del acreedor (art. 96[2]; *infra*, n. 813); también en este caso la condena debe contener su liquidación (*ibi*).

Finalmente, la responsabilidad para multa es también declarada mediante la sentencia que se pronuncia en el procedimiento al cual se refiere la multa (*supra*, n. 241; *infra*, ns. 601 y 628).

SECCION VI. — DE LAS SUJECIONES

243. SUJECIONES PROCESALES DE LAS PARTES.

El problema de las relaciones pasivas de las partes, se plantea, como hemos visto, en el sentido de los medios que hay que emplear para vencer la eventual resistencia que un interés de la parte pueda oponer a la exigencia de proveer a su cargo al proceso de pruebas o de bienes. A este fin, en vez de una obligación o una carga, puede darse a su cargo una sujeción, en el sentido de que se constituya a su cargo no tanto una *necessitas* cuanto una *impotentia agendi*.

Respecto de la provisión de las pruebas una tal solución

sería ciertamente posible; por ejemplo, si es necesario para el juez someter a la persona misma de las partes a una inspección, se puede pensar que si ella no obedece a la orden, pueda ser sometida a ello *manu militari*. Véase, sin embargo, cómo en este campo la ley ha preferido proveer mediante la carga (*supra*, n. 226), lo cual, por lo menos en lo que se refiere a la inspección de cosas pertenecientes a las partes, suscita más de una duda.

En cambio, una estricta sujeción procesal está constituida a cargo de las partes en cuanto *a la provisión de los bienes que deben ser liquidados en el proceso de expropiación*. El lector verá más adelante cómo el *embargo* (*infra*, n. 683) y *la enajenación forzada de los bienes embargados* (*infra*, n. 697) se resuelve en una verdadera sujeción del deudor, cuya acción es impotente para impedir la aprehensión y la enajenación de dichos bienes por parte del oficio ejecutivo; dicha sujeción sólo está constituida a los fines del proceso, esto es, a fin de proveerle de los medios necesarios para la satisfacción del acreedor.

Capítulo Segundo

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LOS DEFENSORES [19]

244. Relaciones jurídicas procesales del defensor.

También para el mayor aprovechamiento de la obra del defensor (*supra*, n. 108) en el proceso, la ley ha tejido en torno a esta figura una tupida red de relaciones jurídicas, que, para un completo conocimiento de la estática procesal, debe ser desembrollada con paciencia. Tales relaciones no tienen, sin embargo, todas ellas carácter procesal, a propósito de lo cual el alumno tendrá que volver a pensar todo cuanto

[19] Redenti, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 188; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 342; Andrioli, *Commento*, I, pág. 243.

dijimos en los capítulos precedentes: en tanto un poder o un deber es procesal en cuanto su contenido se refiere exclusivamente al proceso, en forma que no se lo pueda concebir fuera de él; por eso la obligación y respectivamente el derecho subjetivo, que para el defensor nacen respecto de la parte del *contrato de patrocinio* (*supra*, n. 11), no deben encontrar aquí su estudio, sino en un libro de derecho civil, ya que son idénticos, tanto si el defensor opera en el proceso como si lo hace fuera de él; el contrato de patrocinio no es más que una especie de contrato de trabajo, en particular del tipo llamado *contrato de obra* (arts. 2222 y sigtes., Cód. civ.) y dista tanto de ser un contrato procesal como el contrato de empleo entre el juez y el Estado.

Habida cuenta de esto, las situaciones jurídicas del defensor que tienen verdaderamente carácter procesal, pertenecen a las categorías siguientes: *facultades, derechos subjetivos, obligaciones* y *sujeciones*.

4. FACULTADES DEL DEFENSOR

Oportunamente habla el art. 84 de *poderes del defensor*; pero ésta es una fórmula genérica, que debe ser especificada: son poderes tanto las facultades como las potestades y los derechos subjetivos.

En primer lugar, no hay duda de que se trata de facultades, a las cuales corresponden obligaciones, no sujeciones, de los oficiales o de los encargados, cuando el poder se traduce no en mandar, sino en un simple operar. Estas facultades pertenecen tanto al *defensor actuante* como al *defensor consultor*; es un error del código que mientras en la rúbrica del art. 84 se habla ampliamente de *poderes del defensor*, el texto sólo considere la primera de estas figuras: la verdad es que si el defensor consultor no tiene derechos, a él, lo mismo que al otro, le competen facultades. Cuando, por ejemplo, el art. 275[2] dice que "después de la relación el presidente admite a las partes a la discusión", no hay duda de que en esta mediocre fórmula se comprende el caso de la asistencia del abogado prevista por el art. 87, en el sentido de que la

discusión puede ser hecha por él; ciertamente el presidente tiene la potestad de regular la discusión y especialmente, de determinar "los puntos sobre los cuales la misma debe tratar" y de declararla "cerrada cuando la considere suficiente" (art. 127[2]); pero no podría impedirle, dentro de estos límites, hablar, y a la obligación de dejarlo discutir corresponde, por tanto, la facultad del defensor de hacer la discusión, incluso la obligación del juez y la facultad correlativa no se limita a dejar discutir y a discutir, sino que se extiende a escuchar y ser escuchado, por lo cual viola su deber el juez que, aun no prohibiendo la discusión, no presta a ella la atención debida.

Facultades competen al defensor actuante y corresponden a las facultades de las partes, en cuyo interés actúa el defensor; la fórmula del art. 84 se refiere en primer lugar a las facultades, y significa que dondequiera que haya una facultad de la parte, si la misma "está en juicio con el ministerio del defensor", hay una facultad del defensor.

246. DERECHO SUBJETIVO DEL DEFENSOR.

Como para obtener el debido rendimiento de la actividad de la parte en el proceso se constituye a su favor, no sólo facultades, sino también derechos subjetivos (*supra*, n. 206), así también ocurre respecto del defensor. Cómo y por qué respecto de éste deba hablarse de derechos subjetivos y no de potestades, a diferencia de lo que expusimos en las ediciones anteriores de esta obra, lo dejamos aclarado a propósito de las partes (*supra*, n. 218).

Aquí aflora el antiguo concepto del *ius postulandi*, distinto del *ius agendi*, fórmula con las cuales se quiere significar, no tanto el derecho a obtener en general del juez la conducta necesaria para que provea sobre la demanda, cuanto en especial el derecho a hacerse escuchar por él; ahora bien, estando el defensor legitimado, por lo común exclusivamente, para proponer las instancias y las razones de las partes, el derecho a que el juez se comporte de modo que haga posible el cumplimiento de su oficio pertenece especí-

ficamente también a él: por eso la posición del defensor es distinta de la del representante, legal (administrador) o voluntario de la parte (*supra*, ns. 102 y sigtes.), lo cual responde a la figura del intérprete (*nuntius*) y no del representante de la parte, que le fue reconocida. Por tanto, cuando un acto de la parte se puede o se debe cumplir por medio del defensor o con la asistencia de él, no tanto el derecho subjetivo del defensor se sustituye cuanto se agrega al de la parte. Ello no excluye que a veces entre ambos derechos haya incompatibilidad y, por tanto, sustitución: tal es el caso del derecho a la distracción de las costas, o mejor, al pago de las costas distraidas a favor del defensor según el art. 93, el cual consiente que la condena del vencido al reembolso de las costas sea pronunciada, no en orden a la parte victoriosa, sino en orden al defensor de ella "en cuanto a los honorarios no cobrados y a las costas que declare haber anticipado" (*supra*, n. 239).

Apenas importa repetir cómo y por qué no tiene carácter procesal el derecho del defensor al cobro de las costas y al pago de los honorarios respecto de su cliente (*supra*, número 244).

247. OBLIGACIONES DEL DEFENSOR.

Se extiende también al defensor la *obligación de verdad* (*supra*, n. 234), puesto que el art. 88[2] prevé en el caso de su violación por parte del defensor la aplicación de las sanciones disciplinarias provocada por el juez quien "debe dar cuenta a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos"; y también, por la misma razón la *obligación de conveniencia* (art. 89, *ibi*).

248. RESPONSABILIDADES DEL DEFENSOR.

El fundamento de la responsabilidad procesal del defensor está en las normas que disciplinan el proceso, no en el contrato de patrocinio (*supra*, n. 111); por eso el incumplimiento de las obligaciones derivadas de éste no engendra a cargo del defensor una tal responsabilidad.

Una verdadera responsabilidad de carácter procesal se le impone, en cambio, al defensor por los arts. 88[2] y 89[2]; por el art. 88, en cuanto por la violación del "deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad", establece la obligación del juez de dar parte de ello a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre los defensores; por el art. 89, en cuanto la asignación de la suma en él prevista, en resarcimiento de la persona ofendida por las expresiones inconvenientes y ofensivas cuando tales frases hayan sido dichas o escritas por el defensor, puede tener lugar a cargo de él.

SUBTITULO TERCERO

DE LOS PODERES Y DE LOS DEBERES DE LOS TERCEROS [1]

249. RELACIONES PROCESALES DE LOS TERCEROS.

Los terceros pueden servir al proceso, no en cuanto operen como las partes, los oficiales o los encargados para la composición de la litis, sino en cuanto suministren a esa misma composición los elementos objetivos de los cuales necesita, es decir, *pruebas* o *bienes*. Puesto que en la fase actual del desenvolvimiento ético de la sociedad no se puede contar con la prestación espontánea de ese servicio, es necesaria la intervención del derecho, el cual por una parte garantiza la prevalencia del interés en la justa composición de la litis sobre el interés contrario del tercero, constituyendo a cargo de él *obligaciones* y *sujeciones*, y por la otra, en compensación de tales deberes les atribuye *facultades* o *derechos* frente a las partes.

El estudio de las relaciones jurídicas de los terceros debe hacerse distintamente en orden al proceso de cognición o en orden al proceso de ejecución, en razón del objeto distinto de su prestación, que en el primero atañe a las pruebas y en el segundo a los bienes.

[1] ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 361.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS PODERES Y DEBERES DE LOS TERCEROS EN EL PROCESO DE COGNICION

250. CLASIFICACION DE LOS DEBERES DE LOS TERCEROS EN EL PROCESO DE COGNICION.

Hecha la advertencia de que el proceso de cognición puede necesitar de los terceros en cuanto de ellos dependan las pruebas que el oficio debe utilizar para la decisión de la litis (*supra*, n. 167), se entiende que los deberes de los terceros relativos a las pruebas deben distinguirse según la naturaleza de esas mismas pruebas, que sean *personales* o *reales* (*supra*, n. 166).

Por otra parte, las pruebas personales pueden ser *históricas* o *críticas* (*supra*, n. 165); prueba personal histórica es el testigo, esto es, la persona en cuanto da testimonio; prueba personal crítica es la persona en cuanto se deja observar por el juez para las deducciones que de la observación pueda él sacar.

251. OBLIGACION DE INFORMACION (²).

El empleo más frecuente del tercero como prueba se refiere a la prueba testifical; es tan frecuente, que aunque un testimonio pueda ser dado también por la parte, cuando se habla de testigos en el lenguaje corriente se hace referencia sólo a los terceros; la verdad es que muchas veces no hay otro modo para dar a conocer al juez los hechos relevantes para la decisión de la litis fuera de los testigos pero el dar testimonio es para los terceros un acto, que en primer lugar, cuesta tiempo y frecuentemente fatiga; en segundo lugar, cuando el testimonio pueda perjudicar a alguien, determina a menudo disgustos; de aquí una tendencia muy conocida en los

(²) CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 162; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 362.

terceros a sustraerse al testimonio, y también, si lo prestan, a no decir la verdad. Estas son las razones políticas por las cuales la ley impone a los terceros la *obligación del testimonio*. Tal obligación se descompone en:

a) *obligación de comparecer ante el juez en el tiempo y lugar ordenados por él* (art. 255[1]); a esta obligación sólo se sustrae el testigo cuando "se encuentra en la imposibilidad de presentarse o está exento de ello por la ley o por las convenciones internacionales" (art. 255[2]); para la violación de ella está establecida la pena pecuniaria de cuatrocientas a ocho mil liras, además de la responsabilidad en cuanto a los "gastos causados por la no presentación"; si la no comparecencia es dolosa, se aplica el art. 366[3] del Cód. penal;

b) *obligación de suministrar los elementos para la propia identificación* (art. 252[1]); por la violación dolosa de esta obligación se aplica también el art. 366[3] del Cód. penal;

c) *obligación de prestar el juramento* (art. 251[2]), excepción hecha de los menores de catorce años (art. 248); también por la violación dolosa de esta obligación se conminan las penas antes indicadas (art. 366[3], Cód. pen.);

d) *obligación de responder a las preguntas del juez según verdad*; la violación dolosa de esta obligación da lugar a la responsabilidad prevista por el art. 372 del Cód. penal.

La obligación se excluye respecto de aquellos terceros cuyo testimonio esté prohibido por la ley (art. 384[2], Cód. pen., en relación con los arts. 246 y sigtes.), y en cuanto a los hechos cuya revelación puede exponer al tercero a grave daño o a la violación de un secreto previsto por los arts. 351 y 352 del Cód. proc. pen. (art. 256, en relación con el art. 118[1], aplicado por analogía).

Conviene hacer notar cómo a la obligación testifical del tercero se agrega, a fin de asegurar para el proceso el servicio de su información una verdadera *sujeción*, constituida por el hecho de tener él que sufrir, si no se presenta espontáneamente al juez, el *acompañamiento forzado* (art. 255[1]).

La obligación de información es, sin embargo, más amplia que la del testimonio, en el sentido de que comprende también informaciones que no se resuelven en la narración

de hechos determinados, sino que pueden extenderse a la exposición del juicio del tercero sobre determinadas situaciones: típica bajo este aspecto es la figura de las personas indicadas en los arts. 712 y sigtes. a propósito del proceso de interdicción o de inhabilitación (*infra*, n. 921); tal obligación no es considerada por una fórmula explícita de la ley, pero debe inferírsela de su interpretación (*infra, ibi*), y en todo caso no determina las responsabilidades arriba indicadas.

252. OBLIGACION RELATIVA A LA INSPECCION PERSONAL O REAL [3].

Si para el conocimiento de un hecho es indispensable (*supra*, n. 226) la inspección de la persona de un tercero, el juez puede ordenarla y el tercero queda obligado a prestarse a ella (art. 118^1); esta obligación está sancionada con la pena pecuniaria hasta dos mil liras (art. 118^3); la cuestión acerca de la aplicación a este caso del art. 366 del Cód. pen. merece ser examinada desde el punto de vista de si el tercero, en el caso aquí previsto, ejerce o no una "función judicial", en el sentido en que esta fórmula está empleada por el artículo 366^3 de dicho código.

La obligación se excluye cuando la inspección puede ocasionar al tercero grave daño (art. 118^1).

Si el conocimiento de los hechos puede obtenerse mediante la inspección de cosas "en posesión" del tercero (*rectius*, de las cuales pueda disponer el tercero), éste tiene igualmente la obligación de exhibirlas, con las consecuencias y dentro de los límites que se indican en el punto anterior (artículo 118^1).

253. OBLIGACION DE INFORMACION ACERCA DE ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA [4].

Según el art. 213 "fuera de los casos previstos en los arts. 210 y 211, el juez puede pedir de oficio a la administra-

(3) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 342; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 362.

(4) ANDRIOLI, *Commento*, II, pág. 139.

ción pública las informaciones escritas relativas a actos y documentos de dicha administración que sea necesario incorporar al proceso". Esta norma se distingue de las otras dos contenidas en los arts. 210 y 211 como de la relativa a la obligación testifical, no ya desde el punto de vista del sujeto pasivo, sino desde el del objeto de la potestad y del deber con ella establecido, en cuanto extiende la obligación, más allá de la respuesta verbal a las preguntas del juez y más allá de la exhibición de cosas, a la información escrita relativa a actos o documentos de la administración pública. Considerar la relación entre el art. 213 y los dos anteriores en el sentido de que no incumba a la administración pública una obligación de informar al juez, es un error manifiesto: si la fórmula del art. 213 no es por sí sola decisiva por cuanto el poder en ella indicado podría referirse sólo a la forma de la recepción de la prueba (mediante escritura del tercero; *infra*, n. 453), ayuda a demostrarlo por un lado la *ratio legis*, y por otro el sistema: si ante el interés de justicia, dentro de los razonables límites establecidos por el art. 118 (*supra*, n. 252), debe ceder el interés de cualquier tercero, no se comprendería por qué pueda no tomarlo en cuenta la administración pública cuando, como lo dice enérgicamente la ley, la información sea *necesaria* para el proceso; por otra parte, la fórmula del art. 118 comprende en su extensión, *a fortiori*, también las hipótesis previstas por el art. 213, e incluso la remisión al art. 352 de Cód. proc. pen. muestra cómo el interés de la administración pública ha estado presente al legislador al establecer los límites del deber del tercero.

La obligación así considerada incumbe, no ya al Estado, sino a la persona investida de las funciones, en el ejercicio de las cuales se ha cumplido el acto a que se refiere la información; la misma persona está sujeta a la sanción prevista en el art. 118[3].

254. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS TERCEROS.

A la obligación del tercero descrita en los puntos precedentes corresponde el *derecho a la indemnización*, que debe-

ría comprender el reembolso de los gastos realizados para prestarse a la inspección y el resarcimiento del lucro cesante. La ley no lo reconoce expresamente más que al testigo (artículo 107, de las disp. de apl.); pero de esta norma se infiere un principio aplicable a toda otra prestación judicial del tercero.

Capítulo Segundo

DE LOS PODERES Y DEBERES DE LOS TERCEROS EN EL PROCESO DE EJECUCION

255. DEBERES DE INFORMACION O DE CUSTODIA.

a) Al proceso ejecutivo puede serle necesaria o por lo menos muy útil una exacta información en torno a la pertenencia de los bienes a expropiar; la experiencia demuestra cuán a menudo se presenta incertidumbre acerca del punto sobre si los bienes embargados pertenecen o no al deudor; a este tema se refieren en particular dos institutos del proceso de expropiación, como son la *expropiación de bienes muebles en poder de terceros* (*infra*, ns. 746 y sigtes.) y la *oposición del tercero a la expropiación* (*infra*, n. 815).

Muchas dificultades sobre este tema podrían ser superadas imponiendo al tercero una *obligación testifical* afín a la que se le impone en servicio del proceso de cognición: *obligación de informar al juez según verdad acerca de la pertenencia de los bienes embargados*. Por lo demás, la propuesta de constituir una obligación de este género, que sería válida para volver a sanar en medida ciertamente notable la expropiación mobiliaria, fue rechazada durante la elaboración del código y no hubiera podido aducir otra razón que la consistente en la falta de madurez del pensamiento científico sobre estos temas: para que el tercero tenga obligación de informar al juez según verdad en servicio del proceso de cognición y no deba tenerla, en cambio, cuando se trata del

proceso ejecutivo, es algo muy difícil de comprender (*infra*, ns. 746 y 748).

b) Por otra parte, cuando un tercero detenta bienes del deudor o le debe sumas de dinero, el embargo de ellos (*infra*, n. 147) hace surgir a cargo de él *una obligación de custodiar los primeros y de no pagar las segundas* (*infra*, n. 752), de carácter netamente procesal, cuya violación lo expone al resarcimiento del daño que se haya seguido de ello para los acreedores embargantes o intervenidos.

256. SUJECION DE TERCEROS AL PROCESO DE EXPROPIACION (6).

A fin de facilitar al proceso de expropiación la provisión de bienes que liquidar, se admite que éstos puedan ser aprehendidos, no del patrimonio del deudor, sino de un tercero, en tres hipótesis.

a) La primera atañe a la *asunción de la garantía de la deuda ajena*. Asumir la garantía de la deuda ajena no quiere decir más que ofrecer bienes propios a fin de que sirvan al proceso de expropiación en favor del acreedor para el caso de que el deudor no cumpla; en tal caso el garantizador, según el pensamiento y el lenguaje común, es muy distinto del deudor, la distinción se funda en que él es sujeto, no ya de una relación jurídica material, sino únicamente de una relación jurídica procesal; es, en otros términos, no ya sujeto pasivo de la deuda, sino de la responsabilidad procesal, esto es, de la sujeción al proceso; tan cierto es esto, que se habla en el mismo código de "expropiación contra el tercero propietario" (arts. 602 y sigtes.), donde la calificación de tercero está para indicar a quien no es sujeto de la relación material, sino solamente de la relación procesal.

Esta primera hipótesis, a su vez, se desdobla en las dos

(6) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 362; MANDRIOLI, *Il terzo nel procedimento esecutivo*, en *Rivista di dir. proc.*, 1954, I, pág. 159; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, Utet, pág. 36; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, Cedam, 1940; CORRADO, *La revoca degli atti in pregiudizio dei creditori*, en *Rivista di dir. comm.*, 1947, I, 107; MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria*, en *Rivista di dir. proc.*, 1953, I, pág. 105; autores citados en el n. 214.

conocidas figuras de la *garantía personal* y de la *garantía real*. Se habla de garantía personal *cuando el tercero somete al proceso por una deuda ajena todo su patrimonio, esto es, cualquiera de los bienes de su patrimonio*; la relación que se constituye en tal caso entre él, por un lado y el deudor y el acreedor de otro, se llama *fianza* (arts. 1936 y sigtes., Cód. civ.). La fórmula de la garantía real no se usa sólo para denotar *la garantía asumida por el tercero sobre bienes determinados*, sino también *la constitución de un privilegio sobre bienes determinados del mismo deudor* (*supra*, n. 214): hay, pues, una garantía real constituida por el deudor y otra constituida por el tercero; a esta garantía se refieren los dos institutos de la *prenda* (arts. 2784 y sigtes. del Cód. civ.) y de la *hipoteca* (arts. 2808 y sigtes. del Cód. civ., *supra*, número 214). La naturaleza estrictamente procesal de tales institutos ha sido descubierta recientemente y, por tanto, es objeto de dudas, que no han sido todavía totalmente superadas.

b) La segunda hipótesis atañe a la *enajenación de bienes del deudor sujetos a la garantía real en favor del acreedor*; las figuras principales de esta garantía son la *prenda* y la *hipoteca*; se suele decir que uno de los efectos de la prenda o de la hipoteca es el *derecho de persecución*, que sería el derecho del acreedor a perseguir los bienes en poder del tercero a quien han sido transferidos, derecho que no es más que la acción ejecutiva contra el tercero, aunque no sea el deudor, o mejor, aunque el título no lo indique como deudor (*supra*, n. 214); a este derecho corresponde la sujeción al proceso del tercero adquirente, el cual, aun cuando en virtud de la adquisición los bienes no pertenezcan ya al deudor, debe sin embargo sufrir la expropiación; precisamente el concepto de prenda y el de hipoteca como derechos reales (materiales) es un expediente inventado para explicar este efecto cuando la ciencia no había descubierto todavía la categoría de las relaciones jurídicas procesales.

c) La última figura de sujeción del tercero al proceso ejecutivo se refiere a la *acción revocatoria* o *pauliana* (artículo 2901, Cód. civ.), y supone el *consilium fraudis* del deu-

dor enajenante, que consiste en el propósito de sustraer el bien enajenado al proceso ejecutivo, y el *eventus damni*, que consiste en la imposibilidad del acreedor de satisfacerse sobre otros bienes del deudor; el *consilium fraudis* debe existir también por parte del adquirente sólo cuando la adquisición sea a título oneroso; existiendo tales requisitos, al tercero adquirente, aunque no sea deudor, se le impone una sujeción al proceso y, por tanto, un deber exclusivamente procesal (cfr. art. 602).

257. FACULTADES DE LOS TERCEROS ASPIRANTES A LA ADQUISICION DE LOS BIENES EMBARGADOS.

Hasta aquí hemos visto cómo el proceso ejecutivo, para conseguir sus fines, exige la imposición a terceros de una situación pasiva (deber). Sin embargo, el proceso ejecutivo puede tener necesidad del tercero no ya para tomar de su patrimonio bienes que sirvan para la satisfacción del acreedor sino para obtener la conversión en dinero de bienes del deudor. Aquí debe llamarse desde ahora la atención del alumno sobre el problema determinado por la divergencia cualitativa entre los bienes, que se encuentran en el patrimonio del deudor, y los bienes debidos al acreedor; es verdaderamente muy frecuente que no se encuentre en el patrimonio del deudor aquel bien, que es objeto de su obligación. La solución de este problema consiste naturalmente en lo que se podría llamar la reducción del *bien debido* y del *bien encontrado* al denominador común, el cual, de una manera igualmente natural, no puede ser más que el dinero; tal reducción se opera con una doble conversión en dinero, del uno y del otro bien; puesto que a la conversión de un bien en dinero se le da el nombre de *liquidación*, diremos que la reducción se resuelve en una doble liquidación; si el bien debido se denota según el lenguaje contable con la voz *pasivo* y el bien encontrado con la voz *activo* la liquidación comprende tanto el activo como el pasivo. La liquidación del pasivo se opera a través del *instituto del resarcimiento del daño*; una de las primeras aplicaciones de la norma estatuida por el art. 1218 del Cód. civ., es que si aquel que debe dar un cuadro o un

quintal de grano no lo da y el cuadro o el grano no se encuentra en su patrimonio, debe resarcirse el daño y, por tanto, el objeto de su obligación se convierte en aquella suma de dinero que equivale al cuadro o al grano, esto es, que expresa su valor. Liquidado el pasivo, si en el patrimonio del deudor no se encuentra dinero, es necesario liquidar el activo, a lo que provee principalmente, pero no exclusivamente, el instituto de la *venta forzada* (*infra*, ns. 697 y sigtes.); el organismo judicial, que no encuentra en los graneros del deudor grano, sino vino en sus bodegas, vende el vino para obtener el dinero que servirá al acreedor para comprarse el grano.

Ahora bien, como la venta no se puede hacer sin un comprador, si el acreedor no consiente en hacerse cargo del vino en lugar del dinero (*infra*, n. 702), he aquí que comparece nuevamente el tercero en el proceso ejecutivo, en el carácter de aspirante a la compra, pero esta vez no como sujeto de un deber sino de un poder; aquí el tercero sirve al proceso no ya a través del sacrificio, sino a través de la satisfacción de un interés suyo (en la adquisición de la cosa embargada); por eso la ley le garantiza su prevalencia.

El tipo de venta forzada, respecto del cual se pronuncia tal poder del tercero es, en cuanto a los bienes muebles, la *venta en subasta* (art. 534; *infra*, n. 700); la diferencia entre la venta en subasta y la venta sin subasta (por medio de comisionista, art. 532; *infra*, n. 739) está precisamente en que el tercero aspirante a la adquisición tenga o no tenga un poder de concurrir a ella y precisamente la facultad de ofrecer la adquisición; en cuanto a los bienes inmuebles, en cambio, aun cuando la venta se haga sin subasta (arts. 750 y sigtes.; *infra*, n. 775) tal poder está reconocido (art. 571). El derecho del tercero es muy visible en las fórmulas de los arts. 571 ("todos... son admitidos a hacer ofertas para la adquisición del inmueble embargado") y 579[1] ("cualquiera... está admitido a hacer ofertas en la subasta"). Que se trata de un derecho de naturaleza procesal es claro, puesto que no es un derecho de comprar, sino de operar en el proceso según los modos que, concurriendo determinadas condiciones, pueden dar lugar a la adquisición.

TITULO TERCERO

DE LA CONTINENCIA DEL PROCESO (1)

CONTINENCIA DEL PROCESO.

La relación entre litis o negocio y proceso se denotó ya con la fórmula, metafórica pero muy cómoda, de la relación entre *contenido* y *continente*. *Continencia* del proceso es, por tanto, un nombre igualmente cómodo para expresar tal relación.

Las hipótesis, que al respecto sugiere la experiencia, son que un proceso sirva para la composición de *una sola litis* o para el desarrollo de *un solo negocio* o, por el contrario, para la composición o la administración de *varias litis o negocios*, o bien que la composición de una litis o la administración de un negocio se obtenga con *uno solo* o con *más de un proceso*. Al primero de estos órdenes de casos corresponden las nociones de proceso *simple* (conteniendo una sola litis o un solo negocio) o *acumulativo* (conteniendo varias litis o negocios); al segundo las nociones del proceso *integral* (que agota la composición de una litis o la administración de un negocio) y *parcial* (que no la agota). En el primer caso el problema es: *unidad o pluralidad de litis o de negocios respecto del proceso*; en el segundo, *unidad o pluralidad de procesos respecto de la litis o del negocio*.

Esta materia está regulada por la ley solamente en cuanto al proceso contencioso; si bien, como se verá, las normas respectivas están colocadas en el primer libro del código, en el cual deberían contenerse los principios generales, buenos

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 906.

para cualquier tipo de proceso y así también para el proceso voluntario, tales normas, por el modo en que están construidas, no se refieren al proceso voluntario. La consecuencia es, no ya que el problema no se presente también en cuanto al proceso voluntario, sino que respecto de éste, y salvo en cuanto a aquellas especies de proceso voluntario, las cuales se desarrollan según los modos del proceso contencioso, no está resuelto por la ley. Por tanto, si más de un negocio puede ser administrado, con un solo proceso voluntario o si, viceversa, más de un proceso voluntario puede ser empleado para la administración de un solo negocio, es algo que debe decidirse mediante la aplicación analógica de las normas dictadas por el legislador para el proceso contencioso.

SUBTITULO PRIMERO

DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE LITIS O DE NEGOCIOS RESPECTO DEL PROCESO

259 PROCESO ACUMULATIVO.

Se llama acumulativo en lugar de simple el proceso *cuando sirve para la composición de varias litis o para la administración de varios negocios en lugar de uno solamente.* La conveniencia del proceso acumulativo supone que el costo de la composición de varias litis en un solo proceso sea menor que el costo de su composición mediante procesos separados, o bien mejor en su rendimiento; en el primer caso se consigue una ventaja desde el punto de vista de la economía; en el segundo en el de la justicia o de la certeza.

A fin de que esta conveniencia se verifique, debe existir naturalmente una relación entre las litis, relación que corresponde al concepto de *conexión* (*supra*, n. 15). *Pero no cualquier especie de conexión es suficiente a tal fin, sino que es necesario que, según los casos, la conexión alcance un cierto grado de estrechez o intimidad.*

Puesto que según este grado varían las ventajas de la acumulación procesal, ésta puede ser *facultativa* o *necesaria*; proceso acumulativo *necesario* se tiene *cuando una litis no puede ser deducida ella sola en el proceso*; proceso acumulativo *facultativo cuando varias litis pueden ser compuestas tanto con un proceso único como con procesos separados.* Si la acumulación es facultativa, la misma puede depender del acuerdo de las partes, caso en el cual se habla de acumulación facultativa *por acuerdo*, o bien de la voluntad de una sola-

mente, y entonces se dice que la acumulación es facultativa por *instancia de una parte.*

Según que el proceso *nazca* acumulativo, en cuanto desde el principio se proponga al oficio judicial la composición de varias litis o la administración de varios negocios, o bien *que se convierta* en acumulativo más tarde, la acumulación es *originaria* o bien *sucesiva.* A su vez la acumulación sucesiva se distingue en *inserción* o *reunión:* tenemos inserción cuando una nueva litis es introducida *ex novo* en el proceso pendiente para la composición de otra; tenemos reunión cuando los procesos ya pendientes para la composición de cada litis se funden en uno solo.

Si varias litis conexas tienen los mismos sujetos, el proceso, aun cuando acumulativo, no tiene más de dos partes y la acumulación se dice que es *objetiva*; en cambio, si todos los sujetos de las diversas litis conexas no son idénticos, el proceso acumulativo presenta más de dos partes y la acumulación se dice que es *subjetiva*; en tal caso se habla también de *litisconsorcio* (fórmula en la cual la palabra litis está usada con el significado de proceso). El proceso por litisconsorcio es, por eso, no solamente un proceso con *pluralidad de litis* sino además con *pluralidad de partes*, esto es, con *más de dos partes*, a propósito del cual hay que cuidar, sin embargo, de distinguir entre *pluralidad de partes* y *pluralidad de litis* en el sentido de que *no siempre la pluralidad de partes es índice del proceso acumulativo*: piénsese, por ejemplo, en el *proceso simple con intervención accesoria* (*supra*, n. 105) o bien en el *proceso promovido por el sustituto con llamada del sustituido* (*supra*, n. 104). Si la pluralidad se refiere tanto a las partes actoras como a las partes demandadas (*supra*, n. 107), el litisconsorcio es *bilateral*; en otro caso es *unilateral.* Según que la pluralidad se refiera a los actores o a los demandados, el litisconsorcio unilateral es *activo* o *pasivo.*

CAPÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO ACUMULATIVO DE COGNICION (1)

260. ACUMULACION NECESARIA (2).

La necesidad del proceso acumulativo está reconocida por la ley en dos órdenes de casos.

a) Puede darse entre dos o más litis o negocios una relación tal que uno no pueda existir sin el otro; en tal caso se habla de *litisconsorcio necesario*, en el sentido de que las dos o más litis no pueden ser decididas sino conjuntamente. Considero que esta figura se encuentra estrechamente unida con la del *status*, de manera que sólo cuando en una litis se deduzca una situación jurídica comprendida en un *status* (*supra*, n. 24) el litisconsorcio necesario se verifique: el ejemplo clásico es el de desconocimiento de la filiación legítima (art. 247², Cód. civ.), respecto del cual la relación entre padre e hijo implica la relación entre el hijo y la madre y también entre ésta y el padre. Si el lector quiere reflexionar que también la comunidad (de los derechos patrimoniales) es un *status* se le presentará con claridad el porqué otro ejemplo igualmente conocido de litisconsorcio se refiere al proceso de división (art. 784, *infra*, n. 935).

La existencia del litisconsorcio necesario debería ser una buena razón a fin de que el proceso se desarrolle respecto de todos los sujetos del *status*, esto es, a fin de que se deduzcan en él todas las relaciones comprendidas en el *status*. Sólo

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, págs. 184, 203; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 920; BETTI, *Diritto proc. civ.*, págs. 465, 489; REDENTI, *Profili*, pág. 274; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, II, pág. 81; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 307; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 112; SATTA, *Teoria e pratica*, pág. 347; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 146; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 406; LUGO, *Manuale*, pág. 71; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*; COSTA, *L'intervento coatto*; CHIOVENDA, *Saggi*, II, pág. 427.

(2) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 283; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, pág. 176; CARNELUTTI, *Intorno al litisconsorzio necessario nel giudizio di delibazione*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1940, II, pág. 134.

que mientras hay *status* que podrían llamarse *limitados* o *definidos* en el sentido de que los sujetos de ellos están determinados (tal es típicamente la comunidad), otros presentan, en cambio, un carácter diverso y hasta inverso: típicamente es tal el *status familiae*, el cual se extiende no sólo a las relaciones entre los progenitores y entre cada uno de ellos y cada hijo, sino también a las relaciones de los hijos entre sí, y así sucesivamente. No hace falta nada más para advertir que la necesidad genérica de la extensión del proceso a todos los sujetos del *status* no puede ser reconocida; y por eso no puede formularse una norma que establezca el proceso acumulativo para todos los casos de litisconsorcio necesario. El legislador ha creído haberla dictado por el art. 102; pero no es difícil comprobar que se trata de una ilusión: el art. 102 dispone que "si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso"; que la decisión no pueda pronunciarse sino frente a varias personas o que la demanda se deba proponer por varias personas o contra varias personas, son dos efectos de una causa, que la ley debería enunciar y que, en cambio, deja en la sombra. Este grave defecto deriva de la ingenua formulación de una doctrina, aunque sea autorizada, lógicamente equivocada, según la cual el litisconsorcio es necesario cuando la decisión frente a algunas solamente de las partes de las litis conexas sería *inutiliter data*; el error está aquí en confundir la *inutilidad* con la *inoportunidad* de la decisión, que no se extienda a todas las litis conexas; en el caso más conocido de litisconsorcio necesario, concerniente a la litis por desconocimiento de paternidad, el que la paternidad sea afirmada o negada sin el contradictorio de la madre (art. 247 del Cód. civ.) sería inconveniente, pero no en absoluto inútil, puesto que una vez que la litis entre el padre y el hijo fuese decidida, según el contenido de la decisión, al padre o al hijo, sin embargo, la decisión le favorecería; si además se compara la norma contenida en el art. 247 del Cód. civ. con la otra del art. 276, la cual en el caso inverso (litis para reconocimiento de filiación natural) excluye la necesidad de litisconsorcio, se tiene de ello la con-

firmación de que tal necesidad no es deducida sino por un más o por un menos de oportunidad que, a los fines de la justicia de la decisión, varias litis sean decididas conjuntamente en cuanto la no participación en el juicio de otros sujetos constituya un grave peligro de información incompleta del juez y, por eso, de injusticia. Por tanto, el art. 102 contiene una norma vana, y la culpa se remonta no tanto al legislador como a la doctrina, la cual no ha sabido ver claro hasta ahora en el problema del litisconsorcio necesario: efectivamente, tal norma no puede entenderse de otra manera sino en el sentido de que el litisconsorcio sea necesario (esto es, de que tengan lugar las consecuencias previstas por el artículo 102[2]) cuando sea oportuno que varias litis entre diversas partes no sean decididas separadamente.

Manifiestamente, la solución del problema del litisconsorcio necesario no puede ser confiada más que al *arbitrium iudicis*, el cual, en cada ocasión en que tal oportunidad se manifieste, pueda y deba ordenar la extensión del proceso a los sujetos de las relaciones conexas. Por fortuna, si la teoría no ha sabido aclarar el problema racionalmente, la intuición empírica había sugerido desde hace mucho tiempo esta solución, creando junto al litisconsorcio necesario *ex lege* el litisconsorcio necesario *iussu iudicis*, denominado de otra manera *intervención por orden del juez*, cuyo campo de aplicación, sin embargo, es, como se verá, mucho más amplio que el considerado ahora.

b) Puede ocurrir, en efecto, que aun sin una relación de dependencia necesaria entre las varias litis o los varios negocios, en virtud de la cual el uno no pueda existir sin el otro, haya entre ellos tal conexión que sea oportuna su acumulación en el mismo proceso. También en tal caso se habla de *acumulación necesaria* y, en cuanto las diversas litis o los diversos negocios no tengan todos los mismos sujetos, de *litisconsorcio necesario*, a cuyo respecto advierto, sin embargo, al lector que esta última fórmula se usa con significados diversos a veces para denotar un modo de ser de las litis o de los negocios, y a veces, en cambio, para designar un modo de ser del proceso; en el segundo sentido, *litis-*

consorcio necesario, equivale a *acumulación procesal subjetiva necesaria*, y por eso se contrapone al *litisconsorcio necesario* el *litisconsorcio facultativo*.

Hay casos en los cuales la acumulación subjetiva, aun más allá de los límites del proceso de estado, está impuesta por la ley; y así ocurre en el caso de ejercicio de la acción subrogatoria, según el art. 2900[2] del Cód. civ., el cual prescribe que el acreedor debe demandar en juicio a su deudor, además de demandar al deudor de su deudor (*supra*, n. 104); así ocurre también a propósito de las litis del deudor contra los acreedores o de algunos acreedores contra otros acreedores para la distribución de lo obtenido de la expropiación forzada (art. 512; *infra*, n. 713); respecto de ellas no existe una norma que diga que deben ser decididas en un solo proceso, pero esto se infiere del art. 17[3], que modifica en razón de la conexión la competencia por valor (*supra*, n. 152).

Por lo general, en cambio, la necesidad de la acumulación subjetiva depende de la orden del juez, según el art. 107: "el juez, cuando considere oportuno que el proceso se desarrolle frente a un tercero al cual es común la causa, ordena su intervención"; que la causa sea común al tercero, es fórmula corriente, si bien no propia, para denotar la conexión entre la litis deducida en el proceso y otra litis referente al tercero; en tal caso, si existe la oportunidad de que las dos litis no sean decididas separadamente, el juez, según el art. 107, ordena la intervención del tercero; la fórmula, aun cuando diversa, equivale a la del art. 102[2]: "ordena la integración del contradictorio"; las consecuencias de la no obediencia a la orden son iguales en los dos casos (cfr. arts. 270[2], 307; *supra*, n. 204); por tanto, la norma del art. 102 es absorbida por la del art. 107 en cuanto en la hipótesis más amplia de este último queda comprendida la hipótesis del primero: si el juez puede ordenar la intervención de un tercero aun cuando no exista dependencia necesaria entre su litis y la litis deducida en el proceso, *a fortiori* puede ordenarla si tal dependencia existe; por eso, el art. 102 no tiene ninguna utilidad práctica; si existen otras normas que establecen la necesidad (ejemplo,

art. 247 del Cód. civ., art. 784), no se sabe qué es lo que el art. 102 agregue a ellas; si no existen, provee el art. 107.

La orden del juez, según el art. 107, puede darse para la intervención de un tercero, *al cual sea común la litis ya deducida en el proceso.* El concepto de comunidad de la litis a un tercero se resuelve en una doble conexión de la litis referente al tercero con la litis ya deducida en el proceso: ante todo, puesto que la ley habla de *un tercero*, el adversario del tercero en su litis debe ser una de las partes de la otra litis, de manera que debe existir entre las dos litis conexión *subjetiva* (*supra*, n. 15); en segundo lugar, la comunidad, implicando la existencia de algo que debe servir al mismo tiempo para la composición de las litis conexas, se refiere a la hipótesis de la conexión *instrumental.* Requisito del litisconsorcio necesario es, pues, que entre diversas litis exista conexión *subjetiva* e *instrumental*; pero tal requisito no basta; es necesario, además, que de las circunstancias, en que se presenta la doble conexión, emerja la oportunidad de que las litis no sean decididas separadamente por el peligro de que la no participación del tercero en el juicio ocasione un defecto de información del juez.

Se comprende que la orden del juez, al no poder pronunciarse sino pendiente el proceso, el litisconsorcio por orden del juez da lugar a una especie de *proceso acumulativo sucesivo* (*supra*, n. 259) en el sentido de que el juez ordena que el tercero intervenga en el proceso ya pendiente; incluso éste es el solo alcance práctico del art. 102 porque, aun cuando la necesidad del litisconsorcio sea establecida por el juez, éste no tanto debe rechazar la demanda no propuesta contra todos los contradictores, cuanto ordenar la integración del contradictorio, esto es, la intervención en las litis conexas de aquellas partes que no hayan sido todavía demandadas en juicio (art. 102[2]). Pero no ha de excluirse que, en cuanto la demanda del tercero o contra el tercero haya sido propuesta en un proceso separado, a obtener el proceso acumulativo (sucesivo) se provee, en lugar de mediante la intervención, mediante la *reunión de los procesos* (arts. 273 y sigtes.; *supra*, n. 259; *infra*, n. 264); los arts. 273 y 274, que confieren al

juez el poder de ordenar la reunión aun sin instancias de parte, comprenden ciertamente la hipótesis de que las causas conexas deducidas en procesos separados se refieran a personas diversas.

261. LITISCONSORCIO FACULTATIVO INICIAL (*).

Aun en los casos en que no exista necesidad de que varias litis entre partes diversas sean deducidas en el mismo proceso, la ley admite que esto pueda hacerse ante todo por iniciativa del actor, caso en el cual se tiene *acumulación subjetiva facultativa inicial.*

Tal iniciativa puede dar lugar a dos hipótesis, las cuales se pueden denotar como litisconsorcio *simple* o *recíproco*; litisconsorcio simple se tiene cuando una *pluralidad de actores esté contra un solo demandado* o *varios demandados contra un solo actor*; el litisconsorcio, en cambio, es recíproco *si son más de uno tanto los actores como los demandados.* Cada una de tales hipótesis está comprendida en la fórmula del art. 103: "varias partes pueden accionar o ser demandadas en el mismo proceso", donde el "pueden accionar o ser demandadas" alude al carácter facultativo del litisconsorcio. Se comprende que la pluralidad se refiere al *sujeto jurídico* (*supra*, n. 6) no a las personas físicas, las cuales pueden ser más de dos sin que por esto exista litisconsorcio (ejemplo, menor emancipado y curador; art. 393 del Cód. civ.).

La fórmula del art. 103 prosigue estatuyendo que "varias partes pueden accionar o ser demandadas en el mismo proceso, cuando entre las causas que se proponen existe conexión por razón del objeto o del título de que dependen, o bien cuando la decisión depende total o parcialmente, de la resolución de cuestiones idénticas".

La primera parte de la fórmula admite la acumulación subjetiva facultativa inicial en el caso en que las diversas litis sean *instrumentalmente conexas* (*supra*, n. 15); aquí se trata de *conexión propia* la cual supone *la identidad del*

(*) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 289.

hecho o del efecto jurídico, en que se resuelve la razón de la pretensión.

En la segunda parte, el art. 103 admite la acumulación más allá de los límites de la conexión propia aun en el caso de conexión impropia (*supra*, n. 15); puesto que, verdaderamente, la conexión instrumental implica necesariamente entre las litis conexas identidad al menos parcial de cuestiones, cuando la ley considera por sí la identidad de cuestiones como hipótesis diversa de la hipótesis de conexión por el objeto o por el título, necesariamente supone que pueda tenerse identidad de cuestiones sin tal conexión; en tal caso, de la *conexión instrumental propia* o *interdependencia* se degrada a la *conexión impropia* (*supra*, n. 15). Basta, pues, según el art. 103, que aun sin identidad de título o de objeto la litis entre Ticio y Cayo presente identidad de cuestiones con la litis entre Ticio y Sempronio o también entre Mevio y Sempronio, a fin de que Ticio pueda deducir las dos litis en el mismo juicio contra Cayo y Sempronio, aun cuando sean sólo impropiamente conexas, e incluso a fin de que Ticio y Mevio puedan hacer otro tanto contra Cayo y Sempronio. Quien reflexiona que el proceso acumulativo, además de su rendimiento, tiene también su costo, el cual, tratándose de litisconsorcio, ofrece el inconveniente de que, en cuanto, necesariamente, la multiplicidad de las litis se resuelve en una obstrucción del proceso, una parte esté ligada a otra y constreñida a sufrir un proceso más largo y complicado que aquel que sería suficiente para la decisión de su litis solamente, y por otro lado se dé cuenta de que, pudiendo la identidad de las cuestiones —según el art. 103— ser también parcial, basta la identidad de las cuestiones de derecho para dar lugar al litisconsorcio inicial facultativo, puede considerar que la extensión de la acumulación a la conexión impropia resulte peligrosa; sin embargo, el peligro se elimina por la potestad de escisión de los procesos concedida al juez por el art. 104[2] (*infra*, n. 266).

262. LITISCONSORCIO FACULTATIVO SUCESIVO (4).

La figura del litisconsorcio facultativo sucesivo se escinde, como es ya sabido, en los dos institutos de la *intervención* (principal) y de la *reunión de los procesos* (*supra*, n. 259).

La intervención supone la conexión subjetiva entre la litis ya deducida en el proceso y la litis que se introduce en él; puesto que con el mismo *un tercero* entra en el proceso (art. 106), esto quiere decir que la otra parte (en la litis en que el tercero es parte) está ya en el proceso; precisamente quien sea adversario de una persona que es ya parte en un proceso por una litis diversa, puede, si concurren ciertos requisitos, entrar en él espontáneamente o por fuerza. Si la iniciativa de la intervención parte del tercero, se dice que la intervención es *voluntaria* (art. 105); por el contrario, si la iniciativa es de la otra parte, la intervención se denomina *coactiva* (art. 106).

Cuando la intervención de que se habla aquí es voluntaria, resulta fácil confundirla con la intervención *accesoria* (*supra*, n. 99), la cual presenta también el carácter en virtud del cual la entrada del tercero en el proceso depende de su iniciativa; pero entre las dos hipótesis está la diferencia de que el interventor por adhesión no es sujeto de una litis, que sea deducida en un proceso, y por eso es una parte secundaria o accesoria; puesto que en nuestro caso, en cambio, el interventor se convierte en el proceso en una parte principal, la intervención se llama, para distinguirla de la intervención por adhesión, *intervención principal*. Las dos especies de intervención voluntaria se distinguen oportunamente en los dos apartados del art. 105; pero, siguiendo un orden sistemático, el segundo apartado habría debido colocarse en otro lugar.

Establecida la distinción no ya entre intervención *prin-*

(4) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 292; SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1919; SEGNI, *Intervento in causa*, en *Nuovo digesto italiano*; COSTA, *L'intervento coatto*; COSTA, *L'intervento in causa di terzi*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1942, I, pág. 15.

cipal e intervención *por adhesión*, como se hace comúnmente, sino por el contrario, entre intervención *principal* e intervención *accesoria* (*supra*, n. 105), viene a faltar la razón para distinguir, pues, entre intervención por adhesión, *autónoma* y *dependiente*; la denominada intervención por adhesión autónoma es una verdadera intervención principal, teniendo de particular que el interventor propone una pretensión paralela a la pretensión de una de las partes en lugar de divergente de las pretensiones de ambas.

a) Un tercero puede hacer intervención principal, según el art. 105[1], "para hacer valer, frente a todas las partes o a alguna de ellas, un derecho relativo al objeto dependiente del título deducido en el mismo proceso". Con esta fórmula, en la cual concurren las dos nociones del objeto y del título, se expresa con suficiente corrección la idea de que la litis entre el tercero y una de las partes, la cual mediante la intervención, y así por iniciativa del tercero, se introduce en el proceso ya pendiente, debe ser *instrumentalmente conexa* (*supra*, n. 15) con aquella que ya está deducida en el proceso, vale decir, debe tener con ella común el objeto o el título.

Al decir que el tercero, mediante la intervención, puede hacer valer un derecho contra alguna de las partes, que están ya en el proceso, o aun contra todas, se expresa además el pensamiento de que la intervención voluntaria principal puede servir para introducir en el proceso pendiente varias litis en lugar de una sola; es sabido, en efecto, que una litis no puede tener más de dos partes (*supra*, n. 6); por tanto, si en un proceso entre Ticio y Cayo, que contienden en torno a la propiedad de una cosa, interviene Sempronio para hacer valer sobre la misma cosa su derecho de propiedad, las litis del tercero son dos, una contra Cayo y otra contra Ticio.

La confrontación entre el art. 103 y el art. 105 muestra que, a diferencia del litisconsorcio facultativo inicial, el litisconsorcio facultativo sucesivo por intervención voluntaria, no se admite en cuanto a los casos de conexión impropia (*supra*, ns. 15 y 261).

b) Según el art. 106 "cada una de las partes puede lla-

mar al proceso a un tercero respecto del cual considere común la causa...". No obstante la diversidad de la fórmula (en lo que hay un defecto de factura del código) el requisito de la intervención coactiva es idéntico al de la intervención voluntaria principal; la litis entre las partes, que ya están en el proceso, es común al tercero cuando tiene el mismo título o el mismo objeto; comunidad de la litis es el modo de decir corriente, aunque menos exacto, para denotar la interdependencia (*supra*, n. 15).

Una hipótesis de conexión instrumental por el objeto es aquella a la que puede dar lugar la *relación de garantía* (*supra*, n. 154); se llama así aquella relación por virtud de la cual alguno (*garante*) está obligado a prestar a otro (*garantizado*) el equivalente de lo que éste haya dado o perdido para el cumplimiento de una obligación frente a un tercero; tal relación puede derivar del contrato así como de un acto o hecho jurídico diverso: cuando nace del contrato, por el cual alguno transfiere a otro un derecho real (arts. 1482 y sigtes. del Cód. civ.), se habla de *garantía real*; ejemplos de *garantía personal* son frecuentes en el campo de la coobligación (cfr. arts. 1299, 1954 del Cód. civ.), pero se encuentran también fuera de éste; por ejemplo, hay relación de garantía entre el autor del hecho culposo y quien debe responder del daño según los arts. 2048 y sigtes. del Cód. civil. Cuando una relación de tal género está en juego, el movimiento del proceso en torno a la obligación principal determina el interés del garante en prestar la defensa al garantizado y, por eso, en hacer, en el proceso, intervención por adhesión; en efecto, la victoria del garantizado exime al garante de todo riesgo; así en cuanto a la hipótesis en que el garante, ignorando la existencia del proceso, o por otra razón, no intervenga, puede ser llamado por el garantizado; si el garante no niega su obligación de garantía, el llamamiento se resuelve en una *provocación a la intervención por adhesión*; en el caso inverso, en una *intervención coactiva*, puesto que la negación de la obligación de garantía da lugar, entre garante y garantizado, a una litis conexa por el objeto con la litis relativa a la obligación principal. Aun cuando el art. 106, por tanto, no

hubiese recordado el caso de la garantía, éste entraba en la primera parte de su fórmula.

Otra hipótesis de intervención coactiva es la que figura bajo el nombre de *llamamiento del tercero pretendiente*; este llamamiento supone la pretensión contrastante de dos o más personas a la misma prestación frente a otra; contrastante, en el sentido de que la pretensión de uno debe excluir la pretensión del otro. Si uno solo de los pretendientes mueve el proceso, el demandado tiene interés en la intervención del otro; por eso, es natural que la provoque; si el demandado, negando la pretensión del actor, reconoce, en cambio, la pretensión del tercero, no hay litis entre ellos y el llamamiento se resuelve también, como en ciertos casos el llamamiento en garantía, en una provocación a la intervención por adhesión (el tercero, en efecto, si quiere obtener para sí la prestación, tiene interés en la victoria del demandado contra el actor); en caso diverso, el llamamiento sirve para introducir en el proceso, mediante la intervención del tercero, la litis entre éste y el demandado, instrumentalmente conexa por el objeto a la litis ya deducida en el proceso. Aun cuando no está textualmente previsto en el código, el llamamiento del tercero pretendiente está comprendido en la primera parte de la fórmula del art. 106.

263. ACUMULACION OBJETIVA [5].

La acumulación objetiva (*supra*, n. 259) se admite sin limitación por el art. 104; esto quiere decir que *la conexión subjetiva bilateral es, según la ley, requisito suficiente para la deducción de varias litis en el mismo proceso*; así debe entenderse el art. 104, si bien su fórmula, en cuanto alude solamente a la identidad de la parte, contra la cual la demanda se propone ("contra la misma parte pueden proponerse en el mismo proceso varias demandas, aun no en otra forma conexas"), pueda hacer creer que varias demandas no pueden ser acumuladas entre diversos proponentes; sin embargo, la duda es eliminada por la combinación entre el art. 104 y

(5) ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 291.

el precedente, que exige para el litisconsorcio activo la conexión instrumental, al menos impropia; por tanto, a fin de que varias litis, si bien no instrumentalmente conexas, puedan ser acumuladas, es necesaria la identidad de ambas partes.

La amplia fórmula de la ley comprende tanto la acumulación inicial como la acumulación sucesiva, en el sentido de que no sólo diversas litis entre las mismas partes pueden ser propuestas en el mismo proceso simultáneamente, sino también una después de otra; si cada una de ellas se propone con citación (*infra*, n. 386) surgirán de ellas procesos separados, la reunión de los cuales podrá ser ordenada por el juez (*infra*, n. 264); no se excluye, sin embargo, que una o varias litis entre las mismas partes se inserten en un proceso pendiente, con un fenómeno de acumulación objetiva sucesiva, aun sin apertura de nuevos procesos; esta posibilidad se presenta, entre otras, en las hipótesis de *declaración incidental de certeza* (*supra*, n. 155) y de *demandas reconvencionales* (*supra*, n. 156), debiendo observarse a propósito de estas últimas que si, a los fines de la modificación de la competencia es necesario que sean interdependientes con la demanda principal (*supra*, n. 152), tal requisito no es en absoluto exigido para la simple acumulación en el mismo proceso por la demanda principal. La acumulación por declaración incidental de certeza o por reconvención, supone que el mismo juez sea competente en cuanto a todas las litis conexas, lo que no ocurre si la declaración incidental de certeza o la reconvención se proponen en apelación (*infra*, ns. 550 y sigtes.); en tal caso, la acumulación queda excluida.

También la audacia de la norma contenida en el art. 104 en cuanto a la acumulación objetiva, es atenuada por la posibilidad de la escisión (*infra*, n. 266).

264. REUNION DE LOS PROCESOS (*).

Si varias causas conexas han sido ya deducidas en procesos separados, éstos pueden ser reunidos en uno solo, el cual

(*) ANDRIOLI, *Commento*, II, pág. 237.

se convierte, por tanto, en un proceso acumulativo. Esto se admite sólo a condición de que todos los procesos pendan ante el mismo juez; en caso diverso, la reunión es posible en cuanto, por causa de conexión, uno de los oficios judiciales declare su incompetencia (art. 40[1]; *supra*, n. 148) y ordene la nueva proposición de la litis ante el juez competente por razón de conexión (art. 40[1]).

Puesto que el art. 274 habla en general de "causas conexas" debe entenderse que la reunión pueda ser ordenada en cualquier hipótesis de conexión, aun cuando las partes en los diversos procesos no sean las mismas; argumentando por analogía del art. 103, considera también que, para determinar la reunión, baste una conexión impropia.

La reunión puede ser ordenada aun sin instancia de parte (art. 274).

Casos de reunión necesaria están previstos por el artículo 2453[4] del Cód. civ. en cuanto a los procesos relativos a la oposición de los socios al balance final de liquidación de las sociedades comerciales y por el art. 778[3] en cuanto a los procesos concernientes a las reclamaciones de los acreedores o de los legatarios contra el proyecto de distribución del producto de la liquidación de la herencia con beneficio de inventario (cfr. también el art. 678[1]; *infra*, n. 886).

265. ACUMULACION PROHIBIDA (7).

Un problema aflorado a la observación científica sólo recientemente es el de si existen casos en que la acumulación de varias litis en un mismo proceso de cognición está prohibida: la experiencia de la que el problema ha nacido, se refiere a un proceso de separación personal por adulterio de la mujer, en que el tercero pretendido cómplice del adulterio ha propuesto una intervención que, por su carácter, habría sido principal; la concorde intuición de los jueces y de los críticos, que condujo a una solución negativa, plantea la duda

(7) SEGNI, *Intervento del preteso adultero in causa di separazione personale*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1941, II, pág. 109; CARNELUTTI, *Intervento in causa di separazione personale*, *ibi*, pág. 229.

de que la razón de la inadmisibilidad consista en la naturaleza del proceso de separación, el cual pertenece a los *procesos de estado* (*supra*, n. 24).

Ya se vio que a esta figura está vinculada la acumulación necesaria *ope legis*, en el sentido de que la necesidad de la acumulación, en cuanto es reconocida por la ley, se funda sobre la unidad del *status* (*supra*, n. 260); ahora bien, se trata de saber si del concepto del *status* no deriva también la consecuencia inversa en el sentido de que no sólo, dentro de los límites establecidos por la ley, *todas las relaciones combinadas en el* status *deben ser introducidas en el proceso*, sino, recíprocamente, además *sólo tales relaciones puedan ser introducidas en él*, y así el proceso no pueda extenderse a relaciones conexas con el *status* pero no comprendidas en él. La intuición parece guiar con seguridad hacia esta meta; entre otras cosas, se advierte fácilmente la inconveniencia de resolver con el mismo proceso dos casos de interdicción o de separación personal, entre los cuales concurra la conexión impropia prevista por la segunda parte del art. 103. Se trata de saber si esta intuición está fundada en el carácter *personal* del *status* deducido en el proceso de tales casos o, por el contrario, sobre el concepto mismo del *status* en todas sus especies; a tal fin puede ser decisiva la investigación en torno a la posibilidad de introducir en el proceso de división relaciones extrañas a la comunidad aun cuando conexas con la misma. Aquí el argumento se indica solamente como uno de los lados de la teoría del proceso de cognición acumulativo, que comienza ahora apenas a salir de la sombra, como por lo demás del instituto mismo del *status* en sus aplicaciones procesales, sin que se puedan enunciar en torno a ellos resultados definitivos.

266. SIMPLIFICACION DEL PROCESO (*).

Lo mismo que mediante los institutos encaminados hasta ahora y en particular con la intervención principal, con la

(*) ANDRIOLI, *Commento*, I, págs. 289 y 306.

declaración incidental de certeza, con la reunión de los procesos, el proceso, de simple se convierte en acumulativo, o la acumulación se hace más compleja, así también se observa el fenómeno inverso, el cual presenta las dos formas de la *escisión* y de la *limitación* del proceso.

a) Puesto que la acumulación procesal, junto a las ventajas, tiene también inconvenientes, los cuales consisten naturalmente en hacer el proceso más largo o dispendioso de lo que podría ser si en él se contuviese una sola litis, la ley atribuye al juez el poder de sustituir a ese proceso, cuando sea necesario, varios procesos simples; en tal caso se habla de *escisión del proceso acumulativo.*

Tal poder estaba expresamente conferido al juez sólo por el art. 104[2] en materia de acumulación objetiva; pero esta norma enunciaba para un caso particular un principio que sin duda debía extenderse por analogía a cualquiera otra hipótesis de acumulación procesal; ahora bien, de todas maneras, la dificultad está resuelta por el nuevo art. 103[2].

b) La hipótesis de la *limitación* del proceso difiere de la hipótesis de la escisión porque el proceso sigue siendo uno solo pero se elimina una parte de su contenido; esa hipótesis está prevista por el art. 109, el cual, con el título de *extromisión del obligado*, dispone que "si se contiende a cuál de varias partes corresponde una prestación y el obligado se declara dispuesto a cumplirla a favor de quien tiene derecho a ella, el juez puede ordenar el depósito de la cosa o de la suma debida y, después del depósito, puede dar lugar a la extromisión del obligado del proceso" de este modo, comprobado que no existe litis entre los pretendientes y el obligado sino sólo de los primeros entre sí, el proceso se limita y se simplifica.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL PROCESO ACUMULATIVO DE EJECUCION (9)

267. FUNCION DE LA ACUMULACION EN LA EJECUCION FORZADA.

Teniendo en cuenta la función del proceso ejecutivo (*supra*, ns. 36 y sigtes.) se comprende que en tanto puede éste servir para la composición de más de una litis de pretensión no satisfecha en cuanto a tal fin puedan ser empleados los mismos bienes (*supra*, n. 186). El fenómeno que a este respecto debe ser estudiado, toma el nombre de *concurso de las relaciones jurídicas sobre los bienes*. Tal fenómeno, si bien no puede excluirse aun fuera del campo de las relaciones patrimoniales, asume particular relevancia respecto de éstas.

Que un bien sea objeto de relaciones jurídicas diversas es absolutamente normal; piénsese en la coexistencia sobre la misma cosa de la propiedad y del usufructo, o bien de la propiedad de quien la ha vendido pero no la ha transferido todavía y del derecho de crédito de quien la ha comprado. Es necesario, en cambio, estudiar si sobre el mismo bien pueden coexistir, y hasta qué punto, relaciones jurídicas de la misma especie.

En cuanto a los derechos reales, esta posibilidad se encuentra excluida: si una cosa es mía no puede ser tuya (*duorum in solidum dominiun esse non potest*); a este principio no constituye excepción ni siquiera la hipótesis del condominio o en general de la comunidad, de la que aquí no es posible dar la explicación, que nada tiene de fácil, pero se debe ciertamente excluir que se resuelva en la coexistencia de varios dominios sobre la misma cosa. Debe señalarse aquí, por tanto, que el proceso de libramiento (*supra*, n. 38) en

(9) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 958; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 450; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, págs. 204, 248; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Utet, pág. 68; MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna, Manz, 1901, ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1937; GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, Milano, Giuffrè, 1938.

el que varios condóminos accionan sobre la cosa común, no tiene ningún carácter acumulativo; si acciona un solo condómino y a él no le está reconocido el poder de hacerse por sí solo entregar la cosa, la integración del proceso con la participación de los otros no constituye un caso de litisconsorcio necesario porque la pretensión a la entrega es, y no puede ser, más que una sola.

Es posible, en cambio, la coexistencia sobre un mismo bien de varios derechos de crédito: mi casa, si es mía, no puede ser de otro, pero yo puedo venderla a dos personas, diversas, cada una de las cuales adquiere sobre ella un derecho de crédito. Tal coexistencia da lugar al *concurso de derechos sobre el mismo bien*. Un cometido muy delicado del orden jurídico está en resolver el conflicto que el concurso puede crear entre los varios créditos; mientras el objeto de éstos sea un *genus* y la cantidad que de él existe en el patrimonio del deudor sea suficiente para satisfacerlos a todos ellos, no existe conflicto; pero cuando la cantidad del *genus* es insuficiente o bien el objeto de los créditos concurrentes es una *species*, el concurso se convierte en conflicto y éste debe ser resuelto.

El problema del conflicto se resuelve por el orden jurídico con el siguiente principio: o en favor de alguno de los créditos concurrentes está una *causa de prelación* (*supra*, n. 214) y entonces, dentro de los límites de la misma, el bien está destinado a la satisfacción de aquél, mientras los otros créditos no pueden ser satisfechos más que por el eventual recibo; o bien ninguno de los créditos concurrentes puede alegar frente a los otros una causa de prelación y en tal caso el bien está destinado a la satisfacción proporcional de todos ellos (art. 2741 del Cód. civ.). A fin de que tal principio se traduzca en realidad sirve, como ahora se verá, la acumulación de los procesos ejecutivos.

268. PROCESO ACUMULATIVO INICIAL.

Según el art. 493[1] "varios acreedores pueden en un solo embargo afectar el mismo bien". La fórmula se refiere a la

acumulación subjetiva o litisconsorcio (*supra*, n. 259); *a fortiori* un mismo bien puede ser embargado en virtud de varios créditos pertenecientes a la misma persona.

269. REUNION DE PROCESOS EJECUTIVOS.

El art. 493[2] prevé el *embargo sucesivo del mismo bien a petición de diversos acreedores* (*infra*, ns. 731, 751, 760); también aquí la fórmula de la ley, que literalmente contempla créditos pertenecientes a diversas personas, comprende la hipótesis de que un bien sea embargado sucesivamente por diversos créditos del mismo acreedor.

Ahora bien, el embargo sucesivo da lugar al proceso acumulativo sucesivo por reunión (*supra*, n. 259): si el primer embargo no se ha llevado todavía a cumplimiento cuando se inicia el segundo, la reunión tiene lugar en la misma fase del embargo (art. 523; *infra*, n. 731); en caso diverso ocurre en la fase posterior (arts. 524[2 y 3], 550[3]), salvo los diversos efectos en cuanto concierne al concurso del segundo embargante sobre los bienes afectados por el primero en orden al momento en que el embargo sucesivo ha ocurrido (*infra*, número 744).

270. INTERVENCION NECESARIA.

Cuando la expropiación afecta a un bien sujeto a prenda, hipoteca o, en general, a privilegio en favor de otros acreedores (*supra*, n. 214), están abiertas dos vías: con la expropiación libera el bien de la carga, o no la libera; con el segundo de estos principios, el proceso ejecutivo no perjudica el crédito privilegiado; pero con el primero se comprende inmediatamente que, bajo pena de sustraer la cosa dada en prenda o en hipoteca a la acción ejecutiva de los acreedores comunes (denominados quirografarios) o bien de frustrar el privilegio, la expropiación de ella debe poder ser conducida en interés no sólo de quien la ha pedido, sino también de los acreedores pignoraticios o hipotecarios.

Precisamente porque el primero de los señalados principios es el seguido por nuestra ley, se prescribe que a la expro-

piación no se puede proceder si no han sido advertidos de ella "los acreedores que tienen sobre los bienes embargados un derecho de prelación resultante de registros públicos" (art. 498[1]; los denominados *acreedores inscritos*); el aviso tiene la finalidad de poner a tales acreedores en situación de intervenir en el proceso pendiente para hacer valer en él sus créditos. La prenda, según el ordenamiento vigente, no resulta de registros públicos, de manera que no se aplica a ella la norma antes indicada; sin embargo, el privilegio a favor del crédito pignoraticio no existe sino en cuanto la cosa, que está sujeta a él, se encuentra en posesión del acreedor o de un tercero (art. 2787[2] del Cód. civ.); debiéndose, por tanto, practicar el embargo por parte de un acreedor diverso del acreedor pignoraticio en los modos previstos por el art. 543 (*infra*, ns. 746 y sigtes.), en cuanto de la declaración del tercero embargado (art. 547) resulte la existencia de la prenda, no parece dudoso que el embargante deba provocar la intervención del acreedor pignoraticio; verdad es que los artículos 547 y 550, a propósito de la declaración del tercero, hablan de secuestro o embargo existentes sobre la cosa, poniendo a cargo del tercero la obligación de declararlos y del acreedor embargante la carga de "llamar al proceso al secuestrante" (art. 547[3]) y callan en cuanto a la prenda; pero el art. 158 de las disp. de apl., extiende la carga del aviso al acreedor, que haya obtenido un secuestro conservativo sobre el bien embargado, en cuanto resulte del acto del embargo o de los registros públicos, con una norma cuya aplicación analógica a la hipótesis de la prenda no debería encontrar dificultades.

La intervención del acreedor privilegiado en la expropiación de la cosa sujeta a su privilegio promovida por otro acreedor, es necesaria en el sentido de que, si él no lo hace, pierde el privilegio; una norma explícita sobre este tema, que habría sido muy oportuna, no se lee en el código; sin embargo, de los arts. 585 y sigtes. se deduce con seguridad el principio de que la expropiación del bien embargado lo libera de la prenda, de la hipoteca y en general de cualquier privilegio que sea, de manera que el acreedor, si no lo ha hecho

acumulación subjetiva o litisconsorcio (*supra*, n. 259); *a fortiori* un mismo bien puede ser embargado en virtud de varios créditos pertenecientes a la misma persona.

269. REUNION DE PROCESOS EJECUTIVOS.

El art. 493[2] prevé el *embargo sucesivo del mismo bien a petición de diversos acreedores* (*infra*, ns. 731, 751, 760); también aquí la fórmula de la ley, que literalmente contempla créditos pertenecientes a diversas personas, comprende la hipótesis de que un bien sea embargado sucesivamente por diversos créditos del mismo acreedor.

Ahora bien, el embargo sucesivo da lugar al proceso acumulativo sucesivo por reunión (*supra*, n. 259): si el primer embargo no se ha llevado todavía a cumplimiento cuando se inicia el segundo, la reunión tiene lugar en la misma fase del embargo (art. 523; *infra*, n. 731); en caso diverso ocurre en la fase posterior (arts. 524[2 y 3], 550[3]), salvo los diversos efectos en cuanto concierne al concurso del segundo embargante sobre los bienes afectados por el primero en orden al momento en que el embargo sucesivo ha ocurrido (*infra*, número 744).

270. INTERVENCION NECESARIA.

Cuando la expropiación afecta a un bien sujeto a prenda, hipoteca o, en general, a privilegio en favor de otros acreedores (*supra*, n. 214), están abiertas dos vías: con la expropiación libera el bien de la carga, o no la libera; con el segundo de estos principios, el proceso ejecutivo no perjudica el crédito privilegiado; pero con el primero se comprende inmediatamente que, bajo pena de sustraer la cosa dada en prenda o en hipoteca a la acción ejecutiva de los acreedores comunes (denominados quirografarios) o bien de frustrar el privilegio, la expropiación de ella debe poder ser conducida en interés no sólo de quien la ha pedido, sino también de los acreedores pignoraticios o hipotecarios.

Precisamente porque el primero de los señalados principios es el seguido por nuestra ley, se prescribe que a la expro-

piación no se puede proceder si no han sido advertidos de ella "los acreedores que tienen sobre los bienes embargados un derecho de prelación resultante de registros públicos" (art. 498[1]; los denominados *acreedores inscritos*); el aviso tiene la finalidad de poner a tales acreedores en situación de intervenir en el proceso pendiente para hacer valer en él sus créditos. La prenda, según el ordenamiento vigente, no resulta de registros públicos, de manera que no se aplica a ella la norma antes indicada; sin embargo, el privilegio a favor del crédito pignoraticio no existe sino en cuanto la cosa, que está sujeta a él, se encuentra en posesión del acreedor o de un tercero (art. 2787[2] del Cód. civ.); debiéndose, por tanto, practicar el embargo por parte de un acreedor diverso del acreedor pignoraticio en los modos previstos por el art. 543 (*infra*, ns. 746 y sigtes.), en cuanto de la declaración del tercero embargado (art. 547) resulte la existencia de la prenda, no parece dudoso que el embargante deba provocar la intervención del acreedor pignoraticio; verdad es que los artículos 547 y 550, a propósito de la declaración del tercero, hablan de secuestro o embargo existentes sobre la cosa, poniendo a cargo del tercero la obligación de declararlos y del acreedor embargante la carga de "llamar al proceso al secuestrante" (art. 547[3]) y callan en cuanto a la prenda; pero el art. 158 de las disp. de apl., extiende la carga del aviso al acreedor, que haya obtenido un secuestro conservativo sobre el bien embargado, en cuanto resulte del acto del embargo o de los registros públicos, con una norma cuya aplicación analógica a la hipótesis de la prenda no debería encontrar dificultades.

La intervención del acreedor privilegiado en la expropiación de la cosa sujeta a su privilegio promovida por otro acreedor, es necesaria en el sentido de que, si él no lo hace, pierde el privilegio; una norma explícita sobre este tema, que habría sido muy oportuna, no se lee en el código; sin embargo, de los arts. 585 y sigtes. se deduce con seguridad el principio de que la expropiación del bien embargado lo libera de la prenda, de la hipoteca y en general de cualquier privilegio que sea, de manera que el acreedor, si no lo ha hecho

valer mediante la intervención, queda privado de él; este principio se enuncia solamente en materia de expropiación inmobiliaria, en vía indirecta o incompleta; pero la interpretación analógica no da lugar a dudas de ninguna clase.

271. INTERVENCION FACULTATIVA.

Por otra parte, al objeto de favorecer, dentro de ciertos límites, la *par condicio creditorum*, se admite que cualquier acreedor, aun cuando no esté provisto ni de privilegio, ni de título ejecutivo (arts. 499, 525 y sigtes., 563 y sigtes.), e incluso, en cuanto a la expropiación de los inmuebles, aun cuando el crédito esté "sometido a término o a condición", intervenga en la expropiación promovida por otro (art. 499) al objeto de "participar en la distribución de la suma obtenida" (art. 500); tal intervención da lugar a una acumulación procesal subjetiva y sucesiva (*supra*, n. 250).

SUBTITULO SEGUNDO

DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE PROCESOS RESPECTO DE LA LITIS (1)

77. UNIDAD DEL PROCESO.

Economía de los medios y bondad de los resultados son dos razones manifiestas por las cuales, en principio, no se admite que opere más de un proceso para la composición de una litis; de otra manera no sólo se malgastaría tiempo y dinero sino que incluso se correría el riesgo de alcanzar un resultado negativo: dos oficios judiciales en proceso de conocimiento podrían juzgar en sentido contrario; y en proceso de ejecución podrían dar dos veces al acreedor lo que se le debe.

Tal principio, sin embargo, en primer lugar, debe entenderse en relación a cada tipo funcional de proceso contencioso; no sólo no origina daño sino que responde a menudo a una necesidad de que respecto de una sola litis operen conjunta o sucesivamente el proceso de cognición y el de ejecución así como el proceso cautelar y el definitivo, los cuales, establecida la diversidad de los fines, no son en absoluto incompatibles; si la pretensión no sólo es discutida sino que además es no satisfecha, son necesarios el proceso de cognición y el proceso de ejecución; por otra parte, si concurren los requisitos para ello, puede ser necesaria o al menos oportuna una cautela judicial mientras está pendiente el proceso definitivo.

Por lo demás, aun entendido con estas limitaciones, el

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 909 y sigtes.

principio de la unidad del proceso respecto de la litis, sufre algunas excepciones, que deben ser estudiadas.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA PLURALIDAD DE PROCESOS DE COGNICION (2)

273. PROCESO INTEGRAL O PARCIAL

De la distinción entre litis y cuestión (*supra*, n. 13) deriva que una litis puede ser deducida en el proceso de cognición por todas o por algunas de sus cuestiones: por ejemplo, quien pretende una herencia, por doble vocación, testamentaria y legítima, puede pedir frente a quien la discuta la declaración de certeza de su derecho fundado sobre la una y sobre la otra o, por el contrario, la declaración de certeza de una sola de ellas: tanto en el primero como en el segundo de los casos, la litis es siempre una y siempre la misma puesto que son idénticos sus elementos (sujetos, objeto y pretensión); en efecto, la vocación testamentaria o legítima no es la pretensión sino una razón de ella (*supra*, n. 10); pero, suponiendo que la controversia se extienda a ambos títulos, en el segundo caso, a diferencia del primero, el proceso no sirve para componer *toda la litis*, puesto que no resuelve las cuestiones relativas a una de las vocaciones. Así, se distingue en cuanto al proceso de cognición, el *proceso integral* del *proceso parcial*.

Obsérvese que las dos distinciones entre proceso *integral* y *parcial* y entre proceso *simple* y proceso *acumulativo* pueden interferir; en particular, el proceso acumulativo puede ser tanto integral como parcial e incluso integral respecto de

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 237; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 900, 915; ROGNONI, *La condanna generica al risarcimento dei danni*, Pavia, 1951; CARNELUTTI, *Condanna generica al risarcimento del danno*, en *Rivista di dir. proc.*, 1952, I, pág. 324.

una y parcial respecto de otra entre las litis acumuladas: un ejemplo de este último tipo nos lo ofrece el proceso con *declaración incidental de certeza* (*supra*, n. 155) puesto que las otras litis, en orden a las cuales se resuelve la cuestión perjudicial, no son decididas integralmente sino solamente en el límite de la cuestión misma.

No es éste el momento de establecer cuándo una litis es deducida en el proceso en cuanto a todas sus cuestiones y cuándo en cuanto a algunas solamente de ellas; aquí urge, en cambio, observar que si el proceso no es integral puede darse pluralidad de procesos para una sola litis; pero tal pluralidad es admitida en el sentido de la *sucesión* de un proceso a otro, y no, en cambio, en el sentido de la *acumulación*, como se dirá en seguida.

274. LITISPENDENCIA (3).

Según el art. 39 "si una misma causa es propuesta ante jueces distintos, el juez al que se ha acudido posteriormente, en cualquier estado y grado del proceso, aun de oficio, declara por sentencia la litispendencia y dispone por ordenanza la cancelación de la causa en el registro"; la fórmula, poco feliz, quiere decir que el segundo juez no puede juzgar, en virtud del principio de la unidad del proceso (*supra*, n. 272). *Presupuesto de la litispendencia es la identidad de la litis, no de las cuestiones*; por tanto, el art. 39 se aplica aun cuando ante dos jueces se proponga la litis para la solución de cuestiones diversas; por eso, el proceso parcial puede determinar una pluralidad *sucesiva* no una pluralidad *contemporánea* de procesos respecto de la misma litis; dos procesos parciales por la misma litis no pueden coexistir ni ante el mismo juez ni ante jueces diversos.

Cuando en alguno de los diversos procesos la litis se deduzca sólo en cuanto a algunas cuestiones y en algún otro en cuanto a todas las cuestiones o, en general, en cuanto a un

(3) ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 203; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 38; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 383; LUGO, *Manuale*, pág. 45; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 134.

conjunto de cuestiones, en el cual están comprendidas juntamente con otras también las cuestiones propuestas en el primero, hay entre los dos procesos una relación *de minori ad maius* en el sentido de que uno de ellos tiene un contenido que comprende el contenido del otro; tal hipótesis la ha querido denotar el código con la fórmula más bien oscura de la "continencia de causa" (art. 39[2]), en la que la voz "causa" se usa con un significado diverso de aquel que tiene en el primer apartado del mismo artículo; allí, en efecto, significa *litis* y aquí, por el contrario, *proceso*. El ejemplo más común de tal fenómeno puede tenerse en materia de resarcimiento del daño, si en un proceso se pide la condena genérica, salvo liquidación sucesiva, y en un segundo proceso la condena al pago de una determinada suma; según el concepto expresado en el artículo 39[5] *el segundo de los dos procesos contiene el primero*. Sin embargo, por ser siempre una la litis, se trata también en tal caso de litispendencia; y la fórmula de la ley, según la cual el juez, más bien que la litispendencia "declara... la continencia" no tiene ni claridad ni razón de ser; lo que el juez puede y debe declarar es que, no obstante la diversidad de las cuestiones, los dos procesos penden respecto de la misma litis y, por tanto, deben ser reunidos.

La hipótesis de la continencia se ha querido considerar aparte en orden a la posibilidad de que, por el diverso contenido del proceso, el juez al que se ha acudido primeramente no sea competente para decidir sobre la litis tal como se propone ante el segundo; en tal caso, se establece que la litis debe ser definida en un solo proceso por aquel de los jueces que tiene la competencia superior. La verdad es, sin embargo, que pudiéndose verificar la diversa competencia aun cuando la relación entre los dos procesos no sea de continencia, el principio habría estado mejor enunciado diciendo que *el proceso único en el cual deban ser decididas todas las cuestiones deducidas en los dos procesos respecto de la misma litis, se sigue ante aquel de los dos o más jueces, que tiene competencia para decidirlas todas, y sólo cuando a cada uno de ellos le corresponda tal competencia, por el juez al que se acudió primeramente* (art. 39[3]).

Esta enucleación del principio de la norma estatuida por el art. 39 demuestra que la providencia sobre la litispendencia así como sobre la continencia, implica un examen comparativo tanto de la propia competencia como de la ajena respecto de cada una de las dos litis; por tanto, el juez al que posteriormente se ha acudido no debe pronunciar la providencia prevista por el art. 39 si considera que el otro juez es incompetente, ni siquiera en el caso previsto por el primer apartado. Se entiende que el juicio sobre la competencia del otro juez no vincula a éste. Por eso, en las hipótesis previstas por el art. 39, pueden darse conflictos de competencia, positivos o negativos, para dirimir los cuales sirve la regulación de competencia (*infra*, n. 425).

Por tanto, la excepción de litispendencia tiene un alcance más amplio que la excepción de cosa juzgada; lo juzgado no se extiende más allá de las cuestiones explícita o implícitamente decididas mientras que la litispendencia contempla también las cuestiones no deducidas en el proceso; esto es muy natural, porque si un proceso parcial está cerrado, prohibir que se desarrolle otro sobre otras cuestiones de la litis no sería posible sin dejar abierta la litis; si está todavía abierta es posible, en cambio, incluir en él también las nuevas cuestiones. Por otra parte, la excepción de litispendencia tiene un alcance menos intenso que la excepción de cosa juzgada y también que la excepción de incompetencia porque no opone ni la inexistencia de un hecho constitutivo ni la existencia de un hecho extintivo de la potestad del juez, sino sólo un hecho impeditivo, como es la pendencia del proceso anterior sobre la misma litis, de manera que la extinción de este último, al eliminar el impedimento, hace renacer aquella potestad.

El art. 39, con la fórmula del juez "al que se ha acudido posteriormente", abre la cuestión acerca del modo en que se debe considerar que se "ha acudido", de manera que el proceso ante él se deba considerar pendiente o, como se dice en la jerga de los tribunales, qué acto del procedimiento determine "la pendencia de la litis" (cfr. art. 643[3]), expresión en la cual litis es usada en lugar de proceso. La cuestión se

resuelve por el propio art. 39[3] señalando tal acto en la "notificación de la citación" ("la prevención se determina por la notificación de la citación"); el art. 643[3] atribuye el mismo efecto a la notificación del decreto de inyunción (*infra*, número 860) de manera que si después de tal notificación pero antes de que se notifique la oposición (*infra*, n. 864) la misma litis se propusiera al juicio de otro juez, éste debería considerarse como que se ha acudido a él posteriormente con respecto al juez al cual se haya propuesto después la oposición contra el decreto de inyunción.

El principio de la unidad del proceso, que constituye el fundamento del instituto de la litispendencia, interesa tan profundamente al buen resultado de la administración de la justicia, ya sea desde el punto de vista de la economía como desde el punto de vista de la certeza del derecho, que debe considerarse, aun cuando no esté expresamente estatuido, que las providencias respectivas deben ser adoptadas aun sin instancia de parte; por lo demás, se puede recordar a este respecto la analogía de los arts. 273 y 274.

275. REUNION DE PROCESOS RELATIVOS A LA MISMA LITIS.

Si varios procesos por la misma litis están pendientes ante el mismo oficio judicial, se ordena aun de oficio, su reunión, en los modos dispuestos por el art. 273, cuya fórmula debe rectificarse sustituyendo *proceso* a *procedimiento* (*infra*, n. 279); de este modo, también para la hipótesis de la pendencia de varios procesos ante el mismo oficio, el principio de la unidad del proceso de cognición queda salvaguardado.

Si varios procesos por la misma litis están pendientes ante jueces diversos, aquel de ellos, que no es competente para decidirla sobre todas las cuestiones deducidas en los diversos juicios (*supra*, n. 274), debe desprenderse de ella por medio de un *pronunciamiento negativo* (*infra*, n. 481), cuyo contenido es la *declaración de no poderla decidir por litispendencia* o, según los casos, *de continencia* (art. 39[2]).

Si cada uno de los jueces a quienes se ha acudido es

competente para decidirla sobre todas las cuestiones, debe pronunciar tal declaración aquel juez que no haya sido requerido en primer término (art. 39[1]); la prevención está determinada por la notificación de la citación (art. 39[3]; *supra*, n. 274).

274 RELACIONES ENTRE EL PROCESO DEFINITIVO Y EL PROCESO CAUTELAR.

Diversamente reguladas, según los tipos del proceso cautelar, están las relaciones entre éste y el proceso definitivo; al menos en buena parte, la variedad se debe más bien al modo empírico, con que la regulación se ha venido formando, que no a exigencias técnicas reales. Las líneas de esta regulación, tal como está diseñada en el código se pueden trazar del modo siguiente:

a) *el proceso definitivo pendiente absorbe siempre el proceso cautelar:* esto quiere decir que, cuando el proceso definitivo está en curso, la medida cautelar no puede ser obtenida más que en el proceso mismo: véanse el art. 673 en cuanto al secuestro (*infra*, ns. 876 y sigtes.); el art. 699 en cuanto a la asunción preventiva de las pruebas (*infra*, números 891 y sigtes.), el art. 701 en cuanto a las medidas cautelares no nominadas (*infra*, ns. 897 y sigtes.), el art. 688 en cuanto al proceso cuasi posesorio (*infra*, ns. 904 y sigtes.). Esta regla aparece debilitada en cuanto al proceso posesorio (*stricto sensu*; *infra*, ns. 901 y sigtes.) ya sea en cuanto está limitada a las demandas relativas a la posesión no ya si se proponen cuando está pendiente el proceso definitivo (*petitorio*; *supra*, n. 46) sino cuando contemple "hechos que se realicen durante la pendencia del juicio petitorio" (art. 704[1]), ya sea en cuanto también respecto de tales hechos la demanda de reintegración puede proponerse, estando pendiente el proceso petitorio, al pretor en juicio posesorio separado (art. 704[2]). La regla ahora enunciada debe entenderse tambien en el sentido de que *si el proceso cautelar ha sido iniciado antes que el proceso definitivo, pero debe proseguir en*

una fase ulterior después que haya sido promovido el proceso definitivo, los dos procesos se reúnen en uno solo: así ocurre en cuanto a la convalidación del secuestro (*infra*, n. 884).

b) *Al proceso cautelar promovido antes del proceso definitivo debe por lo general seguir el proceso definitivo, como condición de la eficacia de la providencia cautelar:* véanse los arts. 680[2] y 683[1] en cuanto al secuestro (*infra*, n. 887), el art. 702[2] en cuanto a las medidas cautelares no nominadas (*infra*, n. 895), los arts. 689[3] y 690[2] en cuanto al proceso cuasi posesorio (*infra*, n. 905), el art. 703[2] en cuanto al proceso posesorio (*infra*, ns. 902 y sigtes.).

c) *Si el proceso cautelar ha sido iniciado antes que el proceso definitivo, en algún caso éste no puede iniciarse por la parte, contra la cual ha sido promovido el primero, mientras éste no se agote y la providencia no haya sido cumplida*: véase en cuanto al proceso posesorio (*stricto sensu*) el artículo 705.

Capítulo Segundo

DE LA PLURALIDAD DE PROCESOS DE EJECUCION [4]

277. Acumulación de procesos de expropiación respecto de la misma litis.

La hipótesis de la coexistencia de varios procesos de ejecución respecto de la misma litis si no es imposible en absoluto, es prácticamente insignificante en cuanto al proceso ejecutivo de *transformación* (*supra*, n. 39) o de *libramiento* (*supra*, n. 38); puesto que el competente para tal ejecución no puede ser más que un solo oficio judicial (*supra*, ns. 135 y 141) no podría darse otro caso sino que el mismo oficio sea requerido por dos representantes diversos del mismo

[4] Carnelutti, *Sistema*, I, págs. 912, 920.

acreedor para proceder a la transformación o al libramiento de la misma cosa; en tal caso, la sencillez del procedimiento excluye la posibilidad de inconvenientes en el sentido de que, observada la doble demanda, el proceso no podría ser más que uno.

Diverso es el caso, en cambio, cuando se trata del proceso de expropiación, respecto del cual, si debe ser expropiado más de un bien para cubrir el crédito, puede ocurrir que la cualidad (mueble en poder del deudor, mueble en poder de un tercero, crédito, inmueble) o la ubicación del bien afectado determine la pluralidad de los procesos; ya se ha visto a propósito de la competencia en el proceso de expropiación que ésta se encuentra determinada por la sede del bien a expropiar y que sólo en tema de expropiación inmobiliaria puede proceder a ella un oficio en cuya circunscripción no estén radicados todos los bienes que deban ser expropiados (art. 26[1]; *supra*, n. 141); también se verá que estando previstos diversos procedimientos para la expropiación de los muebles, de los inmuebles, de los créditos, no puede seguirse un solo proceso sobre bienes que pertenezcan a tales grupos diversos.

El peligro de que, de este modo, se proceda a una expropiación excesiva, en cuanto la diversidad de los procesos no permita adecuar la cantidad de los bienes afectados a la medida del crédito, puede eliminarse mediante la oposición del deudor (art. 483; *infra*, ns. 813 y sigtes.), un motivo de la cual es ciertamente el exceso ahora imaginado.

278. SUCESION DE PROCESOS DE EXPROPIACION RESPECTO DE LA MISMA LITIS.

Lo mismo que la hipótesis de la acumulación, así la de la sucesión de procesos ejecutivos puede excluirse prácticamente en cuanto a la transformación y al libramiento, puesto que el proceso agota la litis.

Puede no ocurrir así, en cambio, en cuanto a la expropiación si el producto de ésta no basta para cubrir el crédito; en tal caso, en cuanto otros bienes puedan ser expropiados,

un nuevo proceso puede seguirse naturalmente respecto de la misma litis; no se excluye, por lo demás, que la misma demanda del acreedor esté limitada una primera vez a una parte del crédito y que, en cuanto a la otra parte, se accione para una expropiación posterior.

LIBRO SEGUNDO

DE LA DINAMICA PROCESAL

279. ACTO Y PROCEDIMIENTO (1).

El estudio de la dinámica procesal o, en otras palabras, del desarrollo del proceso, presenta todas las dificultades de la relevación de la historia. El proceso, como su misma palabra significa, es algo que aviene y que deviene; por eso, no tanto es confundido cuanto incorporado o identificado en el curso universal de la historia; sin embargo, a los fines del estudio es necesario aislarlo y proceder a su análisis; esto quiere decir primeramente distinguir lo que es proceso de lo que no es proceso; y después descomponer aquella sección del devenir, que se llama proceso, en tantas unidades y observarlas tanto aisladamente como en su combinación.

Los instrumentos fundamentales para este trabajo son los dos conceptos elaborados por la teoría general del derecho, de *acto* y *procedimiento*; tales conceptos son indispensables para el estudio del derecho procesal lo mismo que de cualquiera otra rama del derecho. Existe, por tanto, un *acto procesal* y un *procedimiento procesal* lo mismo que existe un acto o un procedimiento civil, comercial, administrativo, constitucional y así sucesivamente.

Para el estudio del derecho procesal se crea una dificultad por el lenguaje corriente en razón de la afinidad de los dos vocablos *proceso* y *procedimiento*. Desde el punto de vista del uso común se puede considerar que se trata de dos sinó-

(1) CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 423, 425; CARNELUTTI, *Sistema*, III, pág. 3; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

nimos; pero en el uso de la ciencia del derecho tienen significados profundamente diversos; desgraciadamente, los juristas, no habituados todavía al rigor en la elección de las palabras, los cambian a menudo, con resultados deplorables para la claridad de la exposición.

La palabra *procedimiento* (de *proceder*) denota no tanto una *sucesión* (de *suceder*) de actos como una *vinculación* entre actos sucesivos; en otras palabras, mientras sucesión implica una vinculación puramente temporal (un acto viene después de otro), procedimiento recuerda un vínculo más íntimo entre varios actos sucesivos. En el plano de la teoría general concurren a este respecto, entre las combinaciones de los actos jurídicos, la figura de la *continuación*, donde el vínculo depende de la *unidad del fin* (*infra*, n. 298), y puesto que también entre los actos del proceso la unidad del fin es manifiesta, parece claro que el procedimiento deba encuadrarse en la continuación. Pero probablemente esto no basta todavía para captar la idea que nos interesa; la verdad es que la observación de la relación entre estos actos muestra que entre ellos la vinculación final se resuelve en una vinculación causal; en suma, la coordinación se desarrolla en una progresión, en virtud de la cual cada acto está no tanto en relación cronológica como en relación lógica con el precedente y el subsiguiente, de manera que se puede configurar prácticamente como el peldaño de una escalera. Por tanto, sin excluir que el mismo procedimiento, como combinación o mejor *universitas* de actos, pueda definirse como un acto (complejo), es, sin embargo, oportuno, y hasta necesario, distinguirlo de los actos que lo componen, como se distingue la escalera de los peldaños. En este sentido, el procedimiento es una sucesión de actos no sólo finalmente sino también causalmente vinculados, en cuanto cada uno de ellos supone el precedente y así el último supone el grupo entero; se verá que el pronunciamiento, última fase del procedimiento, supone la instrucción, que es un grupo de actos precedentes, de igual manera que a la instrucción precede la introducción (*infra*, n. 412).

Proceso es, en cambio, el conjunto de todos los actos

necesarios en cada caso para la composición de la litis o para el desarrollo del negocio, y por eso puede desenvolverse en uno o más procedimientos: por ejemplo, si la parte vencida no se somete a la decisión del primer juez y la impugna mediante la apelación, un proceso comprende entonces dos procedimientos, de primero y de segundo grado; cuando, por el contrario, el procedimiento de primer grado se extingue (antes del pronunciamiento; *infra*, n. 542), el proceso se compone con menos de un procedimiento. Para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender más de una.

280. DIVISION.

Según lo que se ha dicho hasta ahora, este libro se debería dividir en dos títulos, dedicado el primero al estudio de los *actos*, y el segundo al estudio del *procedimiento*.

Pero estando el procedimiento regulado de diversa manera según los varios tipos funcionales del proceso, los títulos deberán ser más numerosos; según la arquitectura misma del código, se distinguen el *proceso de cognición* (libro segundo) del *proceso de ejecución* (libro tercero), y del uno y del otro, los *procedimientos especiales* (libro cuarto). Sin embargo, sobre todo en cuanto al último libro, donde se han reunido a granel, bajo la vaga denominación de *procedimientos especiales* los diversos tipos del proceso, que no corresponden a la figura del proceso contencioso de cognición o de ejecución, esta arquitectura no satisface las exigencias científicas y no puede ser conservada en un estudio de carácter netamente sistemático, en el que no se trata sólo de enseñar a aplicar las normas singulares sino de aclarar sus relaciones tanto en vista de la interpretación como del perfeccionamiento del derecho vigente. Por tanto, puesto que, como se verá mejor en seguida, también en tema de procedimiento la estructura de los institutos está determinada por la función, la división de este libro se inspirará en la distinción de

los procedimientos según el tipo funcional del proceso; y así al primer título, en que se trata de los *actos del proceso*, seguirán otros cinco dedicados respectivamente al *procedimiento (contencioso) de cognición*, al *procedimiento (contencioso) de ejecución*, al *procedimiento de injunción*, al *procedimiento cautelar* y al *procedimiento voluntario*.

Esta distribución comprende todos los tipos de procedimiento regulados en el segundo, en el tercero y en el cuarto de los libros del código, excepción hecha en cuanto a las normas contenidas en el título tercero del último libro, bajo la rúbrica "de la copia y de la colación de los actos públicos" (arts. 743 a 746), las cuales, ante una observación aun superficial, revelan su carácter absolutamente extraño al proceso, cualquiera que sea el tipo funcional a que se quiera referir; tales normas pertenecen manifiestamente al derecho administrativo, en la zona que se refiere a la formación de los documentos (o, como se dice de otra manera, a la tutela administrativa de la fe pública), constituyendo obligaciones de los oficiales, que están destinados a ello, y atribuyendo a los oficiales del proceso potestades, las cuales si encuentran su razón de ser en la confianza que ellos merecen, no tienen atinencia alguna con los fines del proceso.

TITULO PRIMERO

DE LOS ACTOS DEL PROCESO

1. HECHOS PROCESALES (1).

Para conocer la historia tenemos necesidad de trazar sobre ella divisiones ideales, las cuales asemejan a los meridianos y a los paralelos, que encuadran una carta geográfica y sirven para conocer la tierra. El producto de este trabajo es el concepto de *hecho*. Puesto que la historia se nos muestra como un continuo sucederse de situaciones iguales o diversas, podemos dividirla en tantos ciclos, los cuales vinculan una situación a otra; tales ciclos son los hechos. Observando la naturaleza, vemos a la que primeramente era una gema, convertirse en una flor y después la flor convertirse en un fruto; el abrirse la flor o el madurar un fruto es un hecho. Hecho se dice pues al *ciclo histórico que enlaza una situación a otra.* Los conceptos señalados aquí deben ser captados mediante el estudio de la teoría general de la realidad.

Los hechos jurídicos son una especie de hechos en general, denotada porque *a un hecho material o sea no jurídico se acompaña un cambio jurídico,* o, en otras palabras, porque *entre la situación iniciada y la situación final del hecho material tiene lugar una diversidad jurídica.* Mientras el abrirse una flor es un hecho botánico y el salir un polluelo del huevo es un hecho zoológico, la conclusión de un contrato es un hecho jurídico porque entre las situaciones que el hecho

(1) CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 191, 200; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 197; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, pág. 378; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 487; LIEBMAN, *Lezioni*, I, pág. 93; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 5.

vincula existe una diferencia jurídica. Así como para aprender lo que sea un hecho es necesario recurrir a la teoría general de la realidad, así para aprender el concepto del hecho jurídico es necesario dirigirse a la teoría general del derecho.

A su vez, los hechos procesales son *una especie de hechos jurídicos, denotada por aquello de que el cambio jurídico, que el hecho produce, se refiere a una relación procesal* (*supra*, ns. 187 y sigtes.). Se comprende ahora por qué el estudio de la estática procesal, que culmina en el conocimiento de las relaciones jurídicas procesales, deba preceder al estudio de la dinámica del proceso.

El proceso, en su desenvolvimiento, se nos muestra como un continuo sucederse de aquellas relaciones jurídicas, que hemos llamado procesales. Si pudiésemos ponerlo de relieve cinematográficamente, tendríamos una serie de fotografías, fijando sucesivamente cambios de tales relaciones; para comprender cómo se desarrolla, nosotros trazamos en este diagrama aquellas divisiones ideales, que corresponden precisamente en geografía a los meridianos y paralelos y observamos, uno por uno, los ciclos que resulten de ellas; tales ciclos son los hechos procesales: antes de que sea presentada la demanda para la composición de una litis existe un derecho subjetivo de la parte frente al juez y una sujeción de éste respecto de la parte (*supra*, n. 206); en un cierto momento, nos encontramos con que aquel derecho no existe ya porque ha sido ejercitado y ha surgido la obligación del juez de juzgar; el hecho, que vincula las dos situaciones, es la *demanda*; nosotros no conseguiríamos conocer profundamente el proceso si no tuviésemos el cuidado de aislar este fragmento o momento del resto para concentrar sobre él la atención.

282. ACTOS PROCESALES (2).

Una especie de hecho es el acto, el cual se tiene *cuando la sucesión de las situaciones depende no tanto de un compor-*

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 338; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 4; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 215; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo*

hecho cuanto de un juicio humano; en cuanto el juicio se resuelve en acción, el acto resulta de ello. Pasando del hecho al acto, el hombre de materia se convierte en instrumento de la historia. También el concepto de acto, como el de hecho, pertenece a la teoría general de la realidad.

Así como el acto es una especie del hecho, así también el acto jurídico es una especie del hecho jurídico; cuando el *cambio de una relación jurídica depende del juicio del hombre* tenemos no sólo un hecho sino un acto jurídico. Lo mismo que el concepto de hecho jurídico, así el de acto jurídico es elaborado por la teoría general del derecho.

A su vez, el acto procesal es *una especie de acto jurídico, denotada por el carácter procesal del cambio jurídico*, en que se resuelve la juridicidad del hecho, esto es, el efecto jurídico del hecho material. Teniendo en cuenta este criterio, para establecer la cualidad procesal de un acto jurídico es necesario determinar si es o no procesal la relación jurídica que resulta constituida, sustituida o modificada por el acto. Por tanto, la *procesalidad del acto no se debe a su cumplimiento en el proceso sino a su valer para el proceso.* Así ocurre que un acto realizado fuera del proceso puede ser procesal (por ejemplo, el compromiso o la convención relativa a la competencia) y, viceversa, un acto realizado en el proceso puede no ser procesal (por ejemplo, la renuncia o el reconocimiento de la pretensión).

Puesto que el estudio del proceso tiende a enseñarle a los juristas cómo se debe operar para su desarrollo, se comprende la importancia preponderante que tiene el conocimiento de los actos procesales sobre la de los otros hechos; por otra parte, el desenvolvimiento del proceso depende en su mayor parte de actos más bien que de hechos, o sea de hechos que son actos del hombre. Por eso, la investigación analítica de tal desenvolvimiento, aun no descuidando el concepto de hecho, está predominantemente orientada sobre el concepto de acto procesal.

penale, III, pág. 3; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 197; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 157; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 346; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 489; LUGO, *Manuale*, pág. 86.

La palabra "acto" está naturalmente usada en el código, en particular en la parte general (arts. 121 y sigtes.); pero la terminología es todavía empírica y confusa: de un lado, la misma confrontación entre la rúbrica del título sexto del primer libro (*"de los actos procesales"*) y la del capítulo primero del título sexto (*"de la forma de los actos y de las providencias"*) muestra en dos frases consecutivas su uso con dos valores diversos, puesto que en la primera el *acto* comprende la *providencia* y en la segunda la excluye, sin que tal exclusión tenga razón alguna, ya que no se sabe por qué la providencia no es un acto; de otro lado, se continúa allí empleando más de una vez *acto* por *documento* (cfr. art. 369[2], n. 4) con una confusión entre el objeto representado y el objeto representativo, que si podía justificarse en el viejo Código civil (cfr. art. 1315 a propósito del denominado acto público) hoy no se explica sino como un obsequio al lenguaje tradicional, al menos muy discutible.

283. DIVISIÓN.

Aun cuando los actos procesales constituyan solamente un sector de la inmensa zona de los actos jurídicos, sin embargo, también ellos constituyen una masa, que no podría ser conocida si no se procede a su clasificación.

Obtenida la *clasificación* el estudio se puede dedicar a la *regulación* de los actos procesales, a fin de hacer saber cómo se debe obrar para obtener determinados efectos procesales.

SUBTITULO PRIMERO

DE LA CLASIFICACION DE LOS HECHOS Y DE LOS ACTOS PROCESALES

234. CLASIFICACION EXTRAPROCESAL O PROCESAL (1).

Puesto que, como se ha dicho, los actos procesales son actos jurídicos, se comprende que para su conocimiento ayudan, ante todo, las nociones elaboradas por la teoría general del derecho para la clasificación de los actos jurídicos. Este es otro tema, respecto del cual la teoría del proceso incide sobre la teoría general del derecho.

Además de las distinciones que se refieren a la naturaleza genéricamente jurídica de los actos procesales, se pueden trazar otras en relación a su naturaleza específicamente procesal.

Estas reflexiones explican las líneas de la investigación que sigue.

Capítulo Primero

DE LA CLASIFICACION EXTRAPROCESAL DE LOS HECHOS Y DE LOS ACTOS PROCESALES (2)

235. CRITERIOS DE LA CLASIFICACION.

Al objeto de hacer, dentro de los límites de lo posible, simple y clara la clasificación, se seguirá también en esta

(1) Carnelutti, *Sistema*, II, pág. 57; Chiovenda, *Istituzioni*, II, pág. 241; Satta, *L'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, pág. 80.

(2) Carnelutti, *Teoria generale*, pág. 201; Carnelutti, *Sistema*, II, pág. 57.

materia la distinción entre función y estructura del hecho o del acto, haciendo preceder a la clasificación según la estructura la clasificación según la función.

La clasificación funcional de los hechos se resuelve en la distinción entre *hechos constitutivos, hechos extintivos* y *hechos modificativos.*

La clasificación estructural de los hechos da lugar, a su vez, a la distinción entre *hechos temporales, hechos espaciales* y *hechos formales.*

A su vez, desde el punto de vista de la función, los actos se distinguen en actos *transitivos* e *intransitivos.*

Finalmente, el punto de vista de la estructura puede contemplar el lado cualitativo o el lado cuantitativo del acto; en el primer sentido, se distinguen las *operaciones,* las *declaraciones* y las *inspecciones*; en el segundo, los actos *simples* y los actos *complejos.*

256. HECHOS PROCESALES CONSTITUTIVOS, EXTINTIVOS O MODIFICATIVOS.

Desde el punto de vista de la función, la clasificación de los hechos jurídicos, actualmente bien consolidada, los distingue en *hechos constitutivos, cuyo efecto consiste en constituir una situación jurídica que no existía; extintivos, cuyo efecto consiste en extinguir una situación jurídica, que existía; modificativos, cuyo efecto consiste en debilitar o en reforzar una situación jurídica*; según las dos hipótesis, los hechos modificativos se dice que son *invalidativos* o *convalidativos.* En el plano de la teoría general, esta clasificación ha sido superada por mí; pero, a los fines de la teoría particular del proceso civil, la ventaja de la coherencia con el punto de vista común y con el propio lenguaje legislativo (cfr. art. 2697 del Cód. civ.) me ha inducido a conservarlo.

De acuerdo con este criterio, se agrupan los hechos procesales de igual manera que todos los otros hechos jurídicos.

Naturaleza típica de hecho procesal constitutivo tiene, por ejemplo, la citación (*infra,* n. 386), de donde surge para el actor y para el demandado la carga de la constitución y

de la comparecencia (*infra,* ns. 226, 389 y sigtes., 412), la cual es una nueva relación procesal, que se agrega a las precedentes. Igualmente eficacia típicamente constitutiva tiene la demanda (*infra,* n. 301) porque hace surgir a cargo del juez la obligación de proveer (*supra,* n. 193).

Hecho procesal extintivo es, entre tantos otros, la revocación de la demanda (*infra,* n. 512) o la sentencia (definitiva: *infra,* n. 480) porque uno u otro acto hacen desaparecer la obligación del juez de proveer sobre la demanda.

Un ejemplar de hecho procesal *modificativo* se tiene, finalmente, en la renuncia a oponer la nulidad de un acto (art. 157[3]; *infra,* n. 375) o bien en la ordenanza de suspensión del proceso (arts. 295 y sigtes.; *infra,* ns. 496 y sigtes.).

207. HECHOS PROCESALES TEMPORALES, ESPACIALES O FORMALES

A diferencia de la distinción de los hechos según la función, una distinción según la estructura se ha obtenido sólo muy recientemente por la teoría general del derecho. Tal distinción está basada sobre la relación entre las situaciones, inicial y final, que el hecho vincula (*supra,* n. 281): *si tales situaciones son formal y espacialmente idénticas de manera que entre ellas no exista otra relación que la de sucesión,* el hecho es *temporal*; *si existe entre ellas una diferencia solamente espacial, y por eso una relación de progresión (directa o inversa),* el hecho es *espacial*; *si la diferencia es también formal y por eso la relación consiste en la transformación,* el hecho es *formal.*

Mientras hasta ahora la atención de los juristas también para el estudio de la dinámica del proceso ha estado concentrada toda ella en la tercera categoría de los hechos, conviene que se comience a meditar también sobre las otras dos, de las cuales la primera tiene una importancia singular en el campo del proceso. Verdaderamente, sólo con la figura del hecho puramente temporal se puede profundizar el conocimiento de ciertos fenómenos procesales, los cuales hasta ahora son conocidos de un modo muy aproximativo.

Uno de ellos es la *perención* (*infra,* n. 513): la peren-

ción análoga a la prescripción, consiste en que si un acto del proceso no es realizado dentro de un cierto término a contar del acto precedente, éste o aun otros precedentes pierden su eficacia; por tanto, el efecto jurídico (resolutivo) es producido no ya por el cambiarse, cualitativa o cuantitativamente, sino sólo por el *durar* de una situación; ahora bien, la duración es la expresión del hecho temporal.

Otro de los fenómenos procesales, cuya definición no se obtiene sino con el concepto del hecho temporal, es el negocio procesal *omisivo,* del cual se tiene un ejemplo en tema de modificaciones de la competencia *por elección* (*supra,* n. 158); el acuerdo de las partes puede formarse por la designación del juez realizada por el actor y por el silencio del demandado (art. 38[3]), silencio u omisión que no son otra cosa que un hecho puramente temporal.

288. ACTOS PROCESALES TRANSITIVOS O INTRANSITIVOS.

El primer resultado del estudio de los actos jurídicos desde el punto de vista de la función, en cuanto a la clasificación, es que *algunos proceden del sujeto del poder* (*relación jurídica activa*), y otros *del sujeto del deber* (*relación jurídica pasiva*). Según este criterio, la teoría general del derecho ha constituido las dos clases de los actos jurídicos *transitivos* y de los actos *intransitivos*; en la primera se agrupan todos los actos que son *ejercicio de un poder*; en la segunda todos aquellos que son *cumplimiento o incumplimiento de un deber.*

Si el poder o el deber es procesal, los actos jurídicos transitivos o intransitivos son procesales, de manera que también los actos procesales se distinguen en este criterio: la sentencia, por ejemplo, es considerada como acto transitivo o intransitivo, según que se contemple como ejercicio de la potestad del juez (*supra,* ns. 190 y sigtes.) o bien como cumplimiento de su obligación de pronunciarla (*supra,* n. 193).

En el campo de los actos transitivos e intransitivos, cada especie es incompatible con las otras: si un acto es faculta-

tivo. no puede ser imperativo; si es una providencia no puede ser un negocio; si es lícito, no puede ser ilícito.

No es incompatible, sin embargo, la cualidad transitiva con la cualidad intransitiva de un mismo acto; por eso, un acto facultativo puede ser tanto un cumplimiento como un incumplimiento (por ejemplo, la prestación del juramento, decisorio o supletorio, es un acto necesario, con relación a la carga de jurar, y puede ser un acto debido o ilícito, teniendo en consideración la obligación de jurar la verdad); igualmente, un negocio jurídico puede ser al mismo tiempo un acto necesario o bien debido o bien ilícito (la demanda es un acto necesario en relación a la carga de la demanda pero si alguien está obligado respecto de otro a proponerla o a no proponerla, puede ser, además, alternativamente, un acto lícito o ilícito); finalmente, una providencia puede ser un acto debido o un acto ilícito (la sentencia justa es ciertamente un acto debido; la sentencia injusta puede ser un acto ilícito).

289. ACTOS PROCESALES FACULTATIVOS O IMPERATIVOS.

Según que *el poder ejercitado mediante el cumplimiento del acto sea una facultad o bien un derecho subjetivo o una potestad* (*supra,* n. 187), los actos transitivos se distinguen en las dos categorías de los actos *facultativos* o *imperativos*; el nombre responde a la diversa naturaleza de los dos tipos de poder, puesto que la facultad es libertad de hacer o de obrar y la potestad o el derecho subjetivo posibilidad de mandar; *los actos imperativos son tales que su finalidad práctica no se alcanza sino a través de su efecto jurídico; el efecto jurídico de los actos facultativos, en cambio, se agrega a su finalidad práctica pero no es una condición de ella.*

Por tanto, donde quiera que un acto procesal se realiza con una finalidad práctica, que no está condicionada a su efecto jurídico, allí hay un acto facultativo procesal: tales son, por ejemplo, la *alegación* (*infra,* n. 304) y la *aseveración* (mismo lugar) en las dos formas de *confesión* (*infra,* n. 442) y del *juramento* (*infra,* n. 443).

290. PROVIDENCIAS O NEGOCIOS JURIDICOS PROCESALES (3).

Según que un acto imperativo constituya ejercicio de una potestad o bien de un derecho subjetivo (*supra*, n. 187) se llama *providencia* o *negocio jurídico*.

La dinámica procesal presenta gran número tanto del uno como del otro tipo de tales actos imperativos: providencia típica es la orden (*infra*, n. 303) o la inyunción (*infra*, n. 311); negocio jurídico típico es la demanda (*infra*, n. 301); esta última es un negocio no un acto facultativo, porque con ella se ejercita típicamente la acción (*supra*, n. 206).

La palabra *providencia* se encuentra en el código (arts. 121 y sigtes.); la rúbrica del capítulo primero, título sexto, libro primero, podría hacer creer en una antítesis entre acto y providencia mientras que, por el contrario, se suele decir que el capítulo se ocupa de los actos en general y de las providencias en particular; en cambio, no se lee allí la expresión *negocio jurídico* que todavía no ha descendido del lenguaje científico al lenguaje legislativo.

291. ACTOS PROCESALES (IMPERATIVOS) DISCRECIONALES O VINCULADOS.

Tanto la providencia como el negocio jurídico pueden ser ejercicio de un poder discrecional o vinculado *según que al sujeto del poder se le deje o no libertad en la regulación del conflicto de intereses al cual el poder se refiere* (*supra*, n. 191). La teoría general del derecho ha establecido hoy en día que la discrecionalidad puede contemplar no sólo la potestad sino también el derecho subjetivo, de manera que la distinción se refiere no sólo a la providencia sino también al negocio.

Una aplicación procesal muy importante de la distinción en materia de providencias es aquella, por la cual se contrapone la sentencia *dispositiva* (providencia discrecional) a la sentencia *declarativa* (providencia vinculada; *supra*, ns. 31 y sigtes.); en materia de negocio jurídico, un ejemplar de

(3) ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 496; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 165; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 437.

acto discrecional es el compromiso (*supra*, n. 63), no tanto porque las partes pueden nombrar árbitro a quien quieren, cuanto porque pueden prescribir las reglas del procedimiento (*infra*, n. 661); ejemplares de acto vinculado, en cambio, son las instancias (*infra*, n. 301) y las revocaciones (*infra*, n. 376), con las cuales las partes no determinan en absoluto el modo del efecto jurídico que se sigue de ellas.

292. ACTOS PROCESALES LÍCITOS O ILÍCITOS.

Los actos intransitivos se refieren a dos solamente entre las figuras de situación jurídica pasiva; en verdad, la sujeción, por consistir en una impotencia de la acción, no puede resolverse en acto alguno.

Tanto la carga como la obligación pueden ser cumplidas o incumplidas; las dos hipótesis de incumplimiento son, sin embargo, profundamente diversas en cuanto, según la diversa estructura de los dos deberes, sólo el incumplimiento de la obligación es lesión de un interés ajeno. *Por tanto, sólo el incumplimiento de la obligación es contrario al derecho y se llama acto ilícito; en cambio, el acto correspondiente a la carga, ya sea de cumplimiento, ya sea de incumplimiento, es siempre lícito de igual manera que es lícito el cumplimiento de la obligación.*

Los actos ilícitos, los cuales constituyen una categoría muy importante de los actos jurídicos intransitivos y son objeto de estudio secular, pueden tener también naturaleza procesal; donde quiera que hay una obligación procesal (*supra*, ns. 187 y sigtes.) allí puede haber una ilicitud procesal. Por ejemplo, el fraude procesal de la parte (*supra*, n. 234) o bien la sentencia dolosa del juez (*supra*, n. 193) o bien el falso testimonio (*supra*, n. 251) constituyen ejemplos clásicos de ilícito procesal.

293. ACTOS PROCESALES NECESARIOS O DEBIDOS.

Los cumplimientos de deberes, que son, como se dijo (*supra*, n. 291), actos intransitivos lícitos, se distinguen finalmente en *actos necesarios o bien debidos según que la*

situación jurídica cumplida sea una carga o bien una obligación.

Acto procesal debido es, por ejemplo, la providencia del juez, como cumplimiento de su obligación de proveer (*supra,* n. 193) o bien el testimonio del tercero (*supra,* n. 251); acto procesal necesario, la exhibición de una prueba por parte de quien tiene la correspondiente carga (*supra,* n. 226; *infra,* n. 305) o bien la prestación de una caución (*supra,* n. 230).

294. OPERACIONES, DECLARACIONES, INSPECCIONES PROCESALES.

Lo mismo que la clasificación de los hechos, así la clasificación de los actos según la estructura es más reciente que la fundada sobre la función. Bajo este aspecto, los actos se distinguen *según que su evento* (*situación final material*; *supra,* n. 281) *sea físico* o bien *psíquico.*

Los *actos jurídicos de evento físico* se llaman *operaciones*; se verá dentro de poco que dos especies de operaciones jurídicas, que tienen en el proceso grandísima importancia, son la *documentación* (*infra,* n. 309) y la *notificación* (*infra,* n. 310).

Los *actos jurídicos de evento psíquico* (evento que se cumple *in interiore homine*) son *inspecciones* o bien *declaraciones.*

Son *inspecciones cuando el evento psíquico se refiere a la persona misma que realiza el acto*; tal es, en el proceso, el acto del juez que consiste en escuchar a las partes o a los testigos o bien en leer los documentos.

Son, en cambio, *declaraciones cuando el evento psíquico se refiere a una persona diversa del agente*; tal es, en el proceso, la demanda de la parte o bien la sentencia del juez.

295. ACTOS PROCESALES SIMPLES O COMPLEJOS.

Los actos jurídicos son simples o complejos *según que no se puedan descomponer o bien que se puedan descomponer en varios actos jurídicos, es decir en varios actos, cada uno de los cuales tenga un efecto jurídico.*

La combinación de varios actos jurídicos en un acto

complejo tiene lugar dependiendo de una vinculación entre los elementos teleológicos (*causa, fin; infra,* n. 350) o físicos (*forma, actuación*; *infra,* n. 327) de los actos singulares mientras ninguna vinculación es posible en cuanto al elemento psicológico, que es personal y, como tal, único e inconfundible.

Según que la vinculación consista en la *comunidad* o en la *interdependencia* de los requisitos, los actos complejos se distinguen en actos *colectivos* o actos *compuestos*.

Si los actos singulares tienen de común entre sí la *acción* se llaman actos (colectivos) *acumulativos*; si tienen en común el *evento,* se llaman actos (colectivos) *concursales*; si tienen en común el *fin,* se llaman actos (colectivos) *continuados*.

296. ACTOS PROCESALES ACUMULATIVOS.

El carácter de los actos acumulativos está en la *unidad de la acción no obstante la pluralidad de los eventos*.

Por ejemplo, una citación, con la cual se proponen al juez varias demandas, o una sentencia con la cual se establece la certeza de varias relaciones jurídicas entre la misma o entre diversas personas, o bien se declara la certeza de una relación o se condena al resarcimiento de los daños para su cumplimiento, son ejemplares de acto procesal acumulativo. Una cuidadosa observación de los actos procesales (la cual, quizá, bajo este aspecto, no se ha hecho nunca) podría mostrar todo lo rica que, en este tipo de acto colectivo, es la vegetación del proceso, tanto más cuando, en lugar de proceso simple, se trata de proceso *acumulativo*.

En particular, al acto acumulativo se refiere el concepto de la nulidad parcial (art. 159[2]; *infra,* n. 362) como el de la impugnación y el de la rescisión parcial (art. 336; *infra,* ns. 377 y sigtes.).

297. ACTOS PROCESALES CONCURSALES.

Actos concursales son aquellos en los cuales *a la pluralidad de las acciones corresponde la unidad del evento*. Puesto que la pluralidad de las acciones implica la pluralidad de

los agentes, el acto concursal, a diferencia del acto acumulativo (*supra*, n. 296) y del acto continuado (*infra*, n. 298), es siempre *plurisubjetivo*.

Cuando la unidad del evento es mediata de la unidad del fin (de la *causa*; *infra*, n. 350) el concurso es *intencional*; en otro caso es *fortuito*.

La figura del *acto concursal intencional* o *voluntario* se descompone en dos variedades, *según que los varios actos simples tengan o no tengan unidad de móvil* (*infra*, n. 350).

Si *tal unidad se manifiesta*, el acto concursal toma el nombre de *acto colegial*. El ejemplar más conocido del acto colegial en el proceso es la sentencia o, en general, la providencia pronunciada por el colegio de los jueces (*supra*, n. 119).

Cuando los actos singulares tienen móvil diverso, el acto concursal se llama *acuerdo*. Los acuerdos procesales son muy numerosos: tales son el compromiso o la cláusula compromisoria (*supra*, n. 63); la elección del juez (*supra*, n. 158); el acuerdo para el juicio según equidad (*supra*, ns. 31 y 191) y así sucesivamente.

298. ACTOS PROCESALES CONTINUADOS.

Los actos procesales continuados presentan *variedades de acciones* y *de eventos que se mantienen unidos por la unidad del fin* (*causa*) (*infra*, n. 350). En cuanto se trate de actos imperativos, la unidad del fin se resuelve en la unidad del efecto jurídico que el acto tiende a producir. En otras palabras, el acto imperativo es continuado en cuanto sea necesaria una pluralidad de actos para obtener un efecto jurídico, que cada acto de por sí no es idóneo para producir. Ejemplares de acto continuado se encuentran con abundancia en el proceso.

Cuando, dentro de poco, se describa el procedimiento de cognición o de ejecución se verá que, a menudo, para alcanzar un determinado fin, las partes o el oficio judicial deben llevar a cabo varios actos en vez de uno solo: las alegaciones de las partes (*infra*, n. 302) difícilmente se agotan de una

sola vez y mientras cada una de ellas tiene su efecto, todas juntas tienen también un efecto complejo, respecto del cual deben ser consideradas bajo el aspecto de la continuación. Un fenómeno análogo presenta la decisión cuando, por la oportunidad de resolver las varias cuestiones en tiempos diversos, se fracciona en diversas sentencias (sucesivas) (*infra*, n. 480); y también el proceso de expropiación con la sucesión de varios embargos sobre los mismos bienes. Otro ejemplo eficaz de acto continuado se encuentra en la notificación cuando se hace a personas que no tienen su sede en el territorio del Estado (art. 142) o bien que no tienen en él sede conocida (art. 143) (*infra*, n. 347).

299. ACTOS PROCESALES COMPUESTOS.

En el acto compuesto, como se ha dicho (*supra*, n. 295) la *vinculación entre los elementos físicos o teleológicos de los actos simples se define más bien que en la figura de la comunidad en la de la interdependencia*; por tanto, varios actos simples se reúnen en un acto compuesto *en cuanto presenten una interdependencia de la causa o de la forma entre ellos.*

La teoría general distingue los actos compuestos *unilaterales* de los actos compuestos *bilaterales.*

Cuando el acto compuesto es unilateral, se descompone en actos simples *principales* y *accesorios* en cuanto la dependencia es de un acto respecto del otro, pero no de este segundo respecto del primero. Esta variedad de acto compuesto nada tiene de rara en el proceso, aunque no sea más que porque en él tiene frecuente aplicación la representación y la *nuntiatio*; responde, entre otras, a la noción del acto compuesto la combinación del acto del defensor con la procura (*supra*, n. 112) de la que el defensor deriva su poder; por eso, cuando se consideran los actos del defensor, se debería poner atención en que ellos no despliegan su juridicidad, esto es, no producen efectos jurídicos sino a través de la señalada combinación. Observaciones análogas se pueden hacer en torno a la combinación entre el acto anulable y el acto convalidativo (*infra*, ns. 374 y sigtes.).

El acto compuesto, aun cuando sólo la más reciente teoría lo denote con tal fórmula, es el ejemplar o uno de los ejemplares más antiguos de los actos complejos, incluso de los actos jurídicos, conocido con el nombre de *contrato;* cuando el contrato se ha insertado en el cuadro de los actos complejos, nos damos cuenta de que su complejidad resulta precisamente de la interdependencia recíproca de los actos singulares, en lo que está su bilateralidad; por eso se lo define como *negocio bilateral*; en el contrato no existe un acto (simple) principal y uno accesorio, sino que cada una de las dos o varias declaraciones, que lo forman, se encuentra en posición idéntica respecto de las otras. La figura del contrato no es extraña al proceso; el ejemplar más conocido de esta figura se tiene en el proceso de expropiación con la venta forzada (*infra,* n. 609).

Capítulo Segundo

DE LA CLASIFICACION PROCESAL DE LOS ACTOS PROCESALES (4)

300. TIPOS FUNDAMENTALES.

Aquí se trata de captar, en la masa de los actos procesales, las diferencias relevantes según su valor técnico, esto es, según su relación con el objeto del proceso.

a) Puesto que el esquema del proceso no puede ser preestablecido más que en sus líneas generales, mientras que su completa adaptación a la litis o al negocio se debe obtener en cada caso, una primera categoría de actos tiende a este fin y toma su nombre del *gobierno procesal.*

(4) Chiovenda, *Istituzioni*, II, pág. 341; Carnelutti, *Sistema*, II, pág. 6; Betti, *Diritto proc. civ.*, págs. 277, 436; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, I, págs. 30 y 394; Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 11; Betti, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 1928, I, pág. 106.

Tales actos pueden ser cumplidos por la parte o por el oficio judicial. Si son cumplidos por la parte, pueden tender a provocar la actividad del oficio o bien, sin más, a regular el proceso; en la primera hipótesis son *instancias*, en la segunda son *disposiciones*. Los actos de gobierno del oficio se llaman *órdenes*.

b) Una segunda categoría se forma con aquellos actos que se cumplen para poner a disposición del oficio los elementos, lógicos o físicos, que le sirven para la composición de la litis: *razones*, *pruebas* o *bienes*; por eso se les da el nombre de actos de *adquisición procesal*.

Las tres especies de este género son la *información*, la *exhibición*, la *aprehensión*.

c) Cuando el oficio tiene al alcance de su mano los elementos necesarios para la composición de la litis, conviene que los elabore; de aquí, el tercer grupo que comprende los actos de *elaboración procesal*.

Actos elaborativos *principales* son la *inspección* y la *administración*; actos elaborativos *accesorios* son la *documentación* y la *notificación*.

d) Por último, para procurar medios al proceso o para obtener su resultado, es necesario que sean modificadas más o menos profundamente situaciones materiales (extraprocesales) de las partes o de los terceros; jurídicas o también físicas; a esta categoría se puede dar el nombre de actos de *extrinsecación procesal*.

Según que la acción del proceso hacia el exterior sea física o jurídica, se habla de *transformación* o de *inyunción*.

Según que la extrinsecación tenga lugar para procurar medios al proceso o para obtener su resultado, la misma es *instrumental* o *final*; esta distinción se refiere de modo particular a las inyunciones, pero no es tampoco del todo extraña a las transformaciones.

301. INSTANCIA.

La *instancia* (ejemplo, art. 80) o *petición* (ejemplo, art. 250) es *un acto de la parte o del tercero* (ejemplo, art. 212[2]), *que tiende a provocar un acto de oficio*.

Cuando *el objeto de ella es no tanto un acto singular, cuanto la providencia con la que se agota el proceso,* la instancia toma el nombre de *demanda* (ejemplo, art. 163); la palabra demanda no se usa, sin embargo, con rigor por la ley; a veces se subraya la diferencia entre *demanda* e *instancia* (ejemplo, art. 486); a veces se emplea *instancia* por *demanda* (ejemplo, arts. 672, 693); a veces se emplea *demanda* por *interrogación* (ejemplo, art. 253[1]; *infra,* n. 307).

362. DISPOSICION.

Las disposiciones son *actos mediante los cuales las partes, separada o unidamente, regulan la composición o el desarrollo del proceso.*

Ni el verbo *disponer* ni el sustantivo *disposición* se usan por la ley con rigor científico; con mucha frecuencia se habla de un *disponer* del juez en lugar de ordenar (ejemplo, arts. 187, 196, 202, etc.); no es raro que se diga *petición* en lugar de *disposición* (ejemplo, art. 114, donde se trata de disposición, no de petición o instancia, porque la regulación del proceso no depende de una orden del juez, que a las partes corresponda provocar, sino del acto concorde de ellas).

La disposición puede ser tanto *unilateral* o *simple* como *bilateral* o *consensual*; esta segunda figura se presenta cuando la regulación del proceso depende de la iniciativa no de una parte solamente, sino de ambas, esto es, de su acuerdo (ejemplo, art. 114; *supra,* n. 298).

Cuando la disposición *se refiere a la composición del proceso,* merece el nombre de *disposición constitutiva*; ejemplo, de disposición constitutiva en cuanto a las partes es el *nombramiento de un representante procesal* (art. 77, *supra,* n. 103); en cuanto al defensor, la *procura* (art. 83; *supra,* n. 112); en cuanto al oficio, la *elección del juez* (arts. 28 y sigtes.; *supra,* n. 158); en cuanto a las pruebas, la *delación del juramento decisorio* (art. 233; *infra,* n. 444) o el *reconocimiento de un documento privado* (arts. 215 y sigtes.; *infra,* n. 456); en cuanto a los bienes, la *elección* (*cuando corresponda a las partes*) *del bien a embargar* (*infra,* n. 686).

Cuando la disposición *contempla, en lugar de la composición, el desenvolvimiento del proceso,* merece el nombre de *disposición normativa*: tal es el *acuerdo entre las partes para atribuir al juez el poder de juzgar según equidad* (art. 114; *supra,* n. 191) o bien *para excluir el juicio de apelación* (art. 360[2]; *infra,* n. 555) o bien *para la suspensión del proceso* (art. 296; *infra,* n. 498).

Se tiene, finalmente, *disposición extintiva* si *depende de la voluntad de las partes la extinción del proceso*; tal es el acuerdo de las partes en torno a la *renuncia a los actos del juicio* (art. 306; *infra,* n. 512).

3 3. ORDEN.

Las órdenes son *actos, mediante los cuales el oficio regula la constitución o el desenvolvimiento del proceso.* Así como las órdenes se distinguen de las disposiciones desde el punto de vista del sujeto (*supra,* n. 300), así difieren de las *inyunciones* desde el punto de vista del objeto (*infra,* n. 311) que para las inyunciones no es una relación jurídica procesal, sino material.

Naturalmente, la terminología científica es absolutamente convencional: la palabra *orden,* de un lado, o *inyunción,* de otro, no tiene en sí ningún elemento idóneo para denotar el diverso significado, que es relevante a los fines de la clasificación. En cuanto al código, también a propósito de los actos de gobierno realizados por el oficio, su terminología es muy diversa: la palabra *ordenar* no se usa en él de una manera absolutamente predominante (ejemplo, arts. 181[2], 187[4], 210[1]) en comparación con *disponer* (ejemplo, arts. 128[1], 162[1], 185[1], 194[1], 196[1], 202[1]), *proveer* (ejemplo, art. 165[3]), *establecer* (art. 152[1]), *prescribir* (ejemplo, arts. 127, 151), *autorizar* (ejemplo, art. 150[1]); por otra parte, no es raro el caso de que el acto se denote con una palabra específica en relación a su objeto: *asignar* (la causa, art. 168 *bis*[1]) *abreviar, prorrogar* (un término, ejemplo, art. 154), *fijar* (un término, ejemplo, art. 39[2]), *designar, delegar, sustituir,* un juez, ejemplo, arts. 168 *bis,* 203[1], 174[1]), *nombrar* (un con-

sultor, art. 191; un traductor, art. 123), *remitir* (las partes, ejemplo, art. 187[1 y 2]), *imponer* (una caución, art. 119), y así sucesivamente.

Según el objeto, las órdenes pueden ser *constitutivas, normativas* o *extintivas.*

α) Las órdenes constitutivas se pueden distinguir según los elementos del proceso a que se refieren.

α) Un ejemplar de orden constitutiva concerniente a la parte es el *nombramiento del curador especial* (art. 78; *supra,* n. 110) o la *autorización para estar en juicio de una persona* en el proceso ante el pretor (art. 82[2]; *supra,* n. 103).

β) Muy numeroso es el subgrupo de las órdenes constitutivas concernientes al oficio judicial; se distinguen entre ellas las *delegaciones,* los *nombramientos,* las *subrogaciones,* las *declaraciones de incompabilidad.*

La delegación se refiere tanto al oficio como a los oficiales: una delegación concerniente al oficio es la que hace la corte de casación cuando designa al juez de reenvío (art. 383[1]; *infra,* n. 600); se refiere, en cambio, al oficial la delegación que el presidente del colegio hace del juez instructor (art. 168 *bis; infra,* n. 407) o del juez de la ejecución (art. 484; *infra,* n. 675) o bien que el juez instructor hace del pretor para asunción de una prueba fuera de la circunscripción del tribunal (art. 203; *infra,* n. 435).

El nombramiento se refiere, en cambio, a los encargados judiciales: el consultor técnico (art. 191), el traductor (art. 123), el intérprete (art. 124), el custodio (arts. 521[1], 559[2], 676[1]), el administrador (art. 592[1]), el comisionista (art. 532), y así sucesivamente (*supra,* n. 120).

La subrogación se refiere tanto al oficial delegado como al encargado nombrado y no difiere de la delegación o nombramiento sino en cuanto es una *nueva delegación o nombramiento precedido de una revocación o, en términos generales, de la extinción de la delegación o nombramiento precedente.*

A la *declaración de incompatibilidad* da lugar el instituto de la recusación del juez (*supra,* n. 122) ya sea *sub specie* de *pronunciamiento de la obligación de abstención* (como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los mo-

tivos de recusación, art. 54), ya sea *sub specie* de *autorización para la abstención* (art. 51[2]).

γ) Las órdenes constitutivas en materia de prueba se refieren a la *asunción de las pruebas a practicar* (arts. 202 y sigtes.); sin una orden, por ejemplo, los testigos no pueden ser interrogados (*infra,* n. 449); *admitir una prueba* no quiere decir otra cosa que ordenar el cumplimiento de los actos en que consiste la asunción de ella (*infra,* ns. 463 y sigtes.).

δ) Finalmente, en cuanto a los bienes, se pueden ver ejemplos de órdenes constitutivas en el art. 513[3] (autorización para el embargo de bienes muebles; *infra,* n. 718) o en el art. 515 (exclusión del embargo de bienes muebles; *infra,* n. 685).

b) Ordenes *normativas* son *aquellas mediante las cuales se regula el "si" y el "cómo" de determinados actos procesales*: bajo el primer aspecto recuerdo la *orden de venta de los bienes embargados* (arts. 530[3], 552, 569[3 y 4]; *infra,* ns. 738, 769); bajo el segundo, la *autorización para la notificación por edictos públicos* (art. 150) o en otros modos determinados por el juez (art. 151; *infra,* n. 347), la *abreviación o prórroga de un término* (art. 154; *infra,* n. 357), la *suspensión del procedimiento* (arts. 295 y sigtes.; *infra,* ns. 496 y sigtes.), la *fijación del tiempo, modo y lugar de la asunción de las pruebas* (art. 202; *infra,* n. 437), y similares.

c) Un ejemplar típico de orden extintiva es la *ordenanza que declara la extinción del proceso* (art. 307[4] y sigtes.; *infra,* n. 515); tal es también la providencia en que se resuelve el *pronunciamiento negativo* (*infra,* n. 481).

304. INFORMACION.

Información es *afirmación de la existencia o de la inexistencia de un hecho* (en sentido estricto, *afirmación o negación de un hecho*) *al objeto de hacerlo conocer a otros, en particular al juez o en general al oficio judicial.* Puesto que se trata aquí de acto de adquisición procesal (*supra,* n. 300), parece más apropiado el vocablo *información* que el otro *afirmación* usado hasta ahora para designar esta espe-

cie de acto; afirma, en verdad, también el juez cuando motiva la decisión, pero no informa.

La información puede tener un significado *por sí misma* o bien *servir de premisa de una instancia* (*supra*, n. 301); en tal caso se llama *alegación*, y en el otro se llama *aseveración*. Por eso, alegación es *información a título de razón* (de una instancia); aseveración *a título de verdad* (de un hecho).

Estas tres palabras son de uso científico; el lenguaje del código es, a este respecto, aun menos preciso que el del código anterior. Sin embargo, quien quiera proceder al análisis del desarrollo del proceso, no puede prescindir de tales conceptos.

a) Típicamente las alegaciones son actos de parte. Cuando el art. 163 habla de demanda, se refiere a un concepto cuyos elementos simples son la instancia y la alegación; el contenido respectivo de tales actos lo suministran las *conclusiones* y los *motivos*, en que hemos visto que se descompone la razón (*supra*, n. 10); la conclusión se propone mediante la instancia, los motivos se exponen mediante las alegaciones. Lo mismo que los motivos, las alegaciones se distinguen, por tanto, en *alegaciones de hecho* y *de derecho*. Las alegaciones sirven precisamente para informar al juez en torno a los motivos de las conclusiones y, por eso, para proporcionarles los medios para proveer sobre la instancia. La relación entre alegación y motivo aparece con suficiente claridad de la fórmula del art. 163[2], n. 4; la alegación consiste precisamente en la "exposición de los hechos y de los elementos de derecho que constituyen las razones de la demanda" (*rectius*, los motivos de las conclusiones).

Si las alegaciones son típicamente actos de parte, no lo son, sin embargo, esencialmente; también, por ejemplo, la instancia del consultor técnico, que solicita abstenerse (art. 63[1]; *supra*, n. 124), con el tercero, que pide ser exonerado por la inspección o por la exhibición (art. 118[1]; *infra*, n. 252), debe ser naturalmente integrada por la exposición de los motivos y por eso por una o varias alegaciones.

Cuando la alegación de una parte concuerda con la pre-

cederate alegación de la otra recibe el nombre de *admisión.* La admisión se distingue de la confesión precisamente porque es una alegación, no una aseveración.

b) Las aseveraciones pueden ser tanto actos de parte como de terceros o aun del oficio judicial.

Las aseveraciones de la parte no son otra cosa que testimonios; en verdad, en el amplio concepto del testimonio entra también la parte, precisamente, en cuanto asevera (*supra*. n. 166); sus aseveraciones pueden ser *judiciales* o *extrajudiciales,* según que se hagan en el proceso o fuera del mismo; tal distinción está puesta por la ley a propósito de aquella aseveración, que se resuelve en la confesión (*infra,* ns. 441 y sigtes.; art. 2730[2] del Cód. civ.); las aseveraciones judiciales de la parte se obtienen mediante el interrogatorio formal (art. 228); la distinción entre interrogatorio formal (*infra,* n. 442) e interrogatorio no formal (*infra,* n. 441) se refiere precisamente al carácter de las informaciones, que por medio de ellos trata el juez de obtener (sólo cuando el interrogatorio es formal, la respuesta de las partes puede tener valor de confesión judicial); a diferencia de las alegaciones, las aseveraciones no pueden ser hechas por el defensor (*supra,* ns. 113 y 246).

Las aseveraciones del tercero son, a su vez, testimonios; las mismas son provocadas mediante las interrogaciones del juez y consisten en las respuestas, que el testigo da a ellas (art. 253; *infra,* n. 403).

Las aseveraciones del oficio judicial se llaman *relaciones* y no son otra cosa que narraciones de lo que el oficial o el encargado ha realizado o ha observado por encargo del oficio (cfr. arts. 275[1], 148, 195[2]).

305. EXHIBICION.

La exhibición consiste en poner una persona o una cosa a disposición del oficio a fin de que éste pueda servirse de ella en el proceso. Cuando se trata de personas, la exhibición toma el nombre de *comparecencia*: comparecen las partes (art. 181; en sentido amplio *comparecencia* comprende también la

constitución en juicio, pero en sentido estricto se distingue de ella; *infra,* ns. 389 y 412); comparece el consultor técnico (art. 191[1]); comparecen los testigos (art. 250), a propósito de los cuales se habla también de *presentación* (arts. 255 y sigtes.).

En cuanto a las pruebas reales, la ley emplea precisamente, la palabra *exhibición* (arts. 210 y sigtes.); en cuanto a los documentos se habla, sin embargo, también de *depósito* (arts. 218 y sigtes., 165[1], 166[1], 369, 488) o de *presentación* (art. 348, n. 2).

Por lo general, los bienes son puestos a disposición del oficio mediante la aprehensión (*infra,* n. 306); no se excluye, sin embargo, que también los bienes sean exhibidos; una hipótesis de exhibición de dinero está considerada por el art. 495; de exhibición habla también correctamente el art. 513[4].

306. APREHENSIÓN.

Si las pruebas o los bienes no son exhibidos, el oficio judicial los debe tomar; a esta hipótesis corresponde la tercera especie de los actos de adquisición procesal, que se denota con el nombre de *aprehensión.*

En cuanto a las pruebas, la aprehensión está prevista solamente si se trata de pruebas personales y hasta, más estrictamente, testimoniales, bajo forma de *acompañamiento forzado del testigo,* que no comparece espontáneamente ante el juez (art. 255[1]; *supra,* n. 251; *infra,* n. 455); una norma, que establecía el secuestro de pruebas reales (documentos), cuya exhibición había ordenado en vano el juez, norma propuesta durante la elaboración de la ley, ha sido suprimida a causa de uno de los acostumbrados defectos de visión de conjunto, por el cual fue posible atribuir al oficio, para la adquisición de las pruebas, mayores poderes en cuanto a la persona (del tercero) que en cuanto a las cosas pertenecientes a un tercero o a la parte misma; construido el código tal como es, se admite desde luego el secuestro judicial para la conservación de pruebas reales "cuando se controvierta el derecho a la exhibición o a la comunicación" (art. 670, n. 2)

pero no la aprehensión de la prueba misma cuando la exhibición de ella sea ordenada y la orden no haya sido cumplida.

Naturalmente, el mayor desarrollo de la aprehensión se tiene en cuanto a los bienes, y, así, en el campo del proceso ejecutivo, donde en particular el embargo se resuelve no tanto en poner los bienes a disposición del oficio por parte del deudor, cuanto en tomar posesión de ellos por parte del oficio (art. 520) al menos por obra del custodio (arts. 521, 559[2]; *supra*, n. 120) y en todo caso en limitar su disposición por parte del deudor mismo (art. 492; *infra*, ns. 683 y sigtes.).

3. INSPECCION.

La inspección consiste en la actividad dirigida a percibir los objetos de cuyo conocimiento tiene necesidad el oficio judicial para el ejercicio de su potestad. Tal actividad puede resolverse en una inmovilidad más bien que en un movimiento, pero esto no excluye la existencia de un acto (puramente temporal; *supra*, n. 287).

La voz *inspección*, que literalmente se refiere solamente a *mirar* (una persona o una cosa; cfr. arts. 258 y sigtes.), se usa de un modo traslaticio para significar cualquier empleo de los sentidos al objeto de percibir la realidad; así, en particular, comprende también la *audición* de personas que hablan, ya sean partes, defensores, terceros u otros componentes del oficio (ejemplo, juez relator; cfr. art. 275[1]); de *audición de las partes* el código no habla, pero sí de *audición de testigos* (arts. 248 y sigtes.).

No siempre la inspección se limita a una actividad puramente recepticia; a veces, por el contrario, se complica con la *investigación* o *búsqueda*, la cual es *actividad dirigida al descubrimiento de alguna cosa, que no se muestra inmediatamente al observador.* La palabra *investigación* se encuentra en el código a propósito del consultor técnico (art. 62).

La investigación se manifiesta de manera diversa según que su objeto sea físico o psíquico. En la primera hipótesis, por lo general, se resuelve en las *observaciones*, descripción de los caracteres del objeto, y en los *experimentos*, producción

artificial de un hecho, que se quiere conocer (art. 261). En la segunda, la forma, ya que no única, principalísima, de la investigación consiste en la *interrogación,* que es una indicación a la manifestación del pensamiento; de *interrogación* o *interrogatorio* o *examen* habla precisamente la ley a propósito de la inspección de las pruebas testimoniales proporcionadas por la parte (arts. 117, 228 y sigtes.) o por los terceros (arts. 253 y sigtes.).

308. ADMINISTRACION.

Administración es actividad dirigida a hacer servir alguna cosa en provecho de alguien; en el proceso, a fin de que sirvan a la justicia, se administran *pruebas* y *bienes.*

La especie fundamental de administración es la *custodia*; custodiados deben ser no solamente los bienes a expropiar en el proceso ejecutivo sino también las pruebas en el proceso de cognición; en cuanto a los bienes, la custodia se confía a menudo a una figura especial de encargado, que toma precisamente el nombre de *custodio* (*supra,* n. 120); en cuanto a las pruebas, la ley alude a la custodia a propósito del secretario (art. 58: "atiende a la formación del fascículo de oficio y a la conservación de los de las partes"; cfr. también arts. 168², 217 y sigtes., 488).

La custodia se complica a menudo con actividades dirigidas a obtener, además de la incolumidad de las cosas custodiadas, su ordenamiento, su cultivo y similares; al ordenamiento de los documentos se refiere la misma *formación de los fascículos* (arts. 58, 168², 488; *infra,* n. 309); en cuanto a los bienes embargados, la ley habla no sólo de conservación sino también de administración (art. 65¹); la *administración forzada de los bienes inmuebles embargados* puede constituir ella misma un modo para proporcionar al oficio judicial el dinero necesario para la satisfacción del acreedor (arts. 521 y sigtes.; *infra,* n. 706); precisamente por la complejidad de las funciones que se resumen en la administración forzada, la persona que provee a ella, en lugar de custodio es denominada *administradora* (art. 592¹; *infra,* n. 782); que la cus-

todia se resuelva en la administración, resulta también para el secuestro judicial (*infra*, n. 877) del art. 576[1].

La misma custodia de los bienes lleva consigo, con frecuencia, el cumplimiento, además de actos materiales, de verdaderos actos jurídicos; por ejemplo, la ley prevé que el custodio de los bienes inmuebles embargados sea autorizado para darlos en arrendamiento (art. 560[2]; *infra*, n. 706).

De todos modos, la administración de los bienes embargados se resuelve en actos materiales y jurídicos más allá de los límites de la custodia; entre los primeros, recuerdo el *transporte* (arts. 520[2], 521[3], 536[1]) y la *estimación* (arts. 518[1], 535[2]); entre los segundos, culmina la *venta forzada* (arts. 529 y sigtes., 552 y sigtes., 567 y sigtes.), la cual es un acto típico de elaboración procesal, en cuanto sirve para obtener de los bienes el dinero que se ha de entregar a los acreedores (*infra*, n. 699).

309. DOCUMENTACION.

La documentación es actividad dirigida a la formación del documento y así a la representación permanente de una situación o de un hecho; la necesidad de tener la prueba de situaciones, que desaparecen o que por su distancia del oficio no pueden en algún momento ser observadas, o bien de hecho, que pueden no reproducirse, explica por qué tal actividad tenga sumo valor en el proceso hasta el punto de que uno de sus oficiales (inferiores), el *secretario* (*supra*, n. 118) tiene su función principal en la documentación (art. 57[1 y 2]); tal función ha sido exagerada, sin embargo, con la disposición, excesiva y oscura, del art. 44, disp. apl., cuya interpretación severamente restrictiva se impone por elementales necesidades de la práctica.

Los documentos, que se forman en el proceso, no provienen todos ellos del secretario; los forma también el juez (por ejemplo, el escrito de la parte dispositiva de la sentencia, según el art. 276[5] o la minuta de la motivación; *infra*, n. 343); los forman, sobre todo, las partes: tales son los documentos de la citación, del recurso, de la comparecencia,

del contrarrecurso, del precepto, a que alude el art. 125; estos nombres son utilizados promiscuamente para indicar tanto el acto (declaración; *supra,* n. 295) como el documento que lo representa. Se forman, por tanto, en el proceso *documentos públicos* (ejemplo, el acta extendida por el secretario, art. 126) y *documentos privados* (ejemplo, los escritos de comparecencia).

Se documentan en el proceso *tanto situaciones como hechos o actos*; a la *documentación de situaciones* alude no sólo el art. 126, cuando dice que el acta debe contener "la descripción... de las manifestaciones hechas", sino también el art. 261[1], donde habla de "revelaciones, calcos y reproducciones, incluso fotográficas, de objetos, documentos y lugares"; a la *documentación de hechos* se refiere el mismo art. 261 cuando admite "vistas cinematográficas"; de la documentación de actos habla el art. 126, que hace de ello el contenido principal del proceso verbal o acta.

A la documentación de actos cumplidos en el proceso puede proceder el mismo actuante (autodocumentación) o bien una persona diversa de él (heterodocumentación); un ejemplo de autodocumentación es la escritura de la comparecencia por obra de la parte o del defensor; un ejemplo de heterodocumentación, el proceso verbal o acta en cuanto no represente actos del secretario mismo.

Entre los actos, de cuya documentación se cuida en el proceso, están en primer término las declaraciones (*supra,* n. 295); por eso, en el proceso, tiene un notable predominio el *documento declarativo.* Tales documentos pueden ser *constitutivos* o *descriptivos* según que el documento sirva de *medio* o de *complemento* a la declaración: constitutivo es el documento de la sentencia (*infra,* n. 339), en cuanto la declaración del juez se hace mediante el documento (el art. 132 no lo dice así expresamente, pero resulta de él que el juez no manifiesta de otra manera su decisión sino a través de aquella escritura, a la que alude la fórmula al hablar de la firma); constitutivo es igualmente el documento del embargo inmobiliario (art. 555; *infra,* n. 756) puesto que la inyunción en que el embargo consiste (art. 492) se hace

mediante un escrito (art. 555), mientras que es descriptivo el documento del embargo mobiliario practicado al deudor (art. 518; *infra*, n. 728).

La documentación de situaciones o de hecho a los fines del proceso puede ser *singular o colectiva*, según que se trate de representarlos aisladamente o en su conjunto. Mediante el concepto de documentación colectiva se encuadran los fenómenos procesales relativos a la *fasciculación* o *formación de los fascículos* (cfr. arts. 58, 168[2], 488), que consiste en la *reunión ordenada de varios documentos*, y en la *registración* o *formación de registros*, función notable del secretario, que consiste en la *representación acumulativa, integral o reasuntiva, de grupos de hechos interesantes para el proceso.*

Los documentos, que se forman en el proceso, pueden ser *indirectos* o *directos* (*supra*, n. 166): el documento indirecto típico es la *escritura*; a los documentos directos (fotográficos o cinematográficos) alude el art. 261.

310. NOTIFICACION [5].

La notificación es actividad dirigida a llevar un objeto al conocimiento de persona diversa del actuante. En sentido amplio la notificación comprende la declaración (*de ciencia*); en sentido estricto se distingue de ella y consiste en *una operación* (*supra*, n. 295) *dirigida a poner la declaración en contacto con una persona en forma que se haga posible o probable su percepción*; a fin de que tal operación se distinga de la declaración notificada es necesario o *que el destinatario de la notificación no sea el destinatario de la declaración o que el autor de la primera no sea el autor de la segunda.*

Teniendo en cuenta la necesidad de que en el proceso los mismos objetos sean conocidos por varias personas (partes y oficio) se comprende la importancia que en él tiene la notificación, hasta el punto de que así como la documentación es la función principal del secretario (*supra*, n. 309) así

(5) REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 215; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 177; MINOLI, *Le notificazioni nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1937.

la notificación lo es para el oficial judicial (art. 59; *supra,* n. 118).

Lo mismo que la documentación, la notificación se distingue en *autonotificación* y *heteronotificación* según que atienda a ella *el propio autor de la declaración o una persona diversa de él.* Un ejemplo de autonotificación es el intercambio de los escritos de conclusiones entre las partes (art. 190); a la heteronotificación provee normalmente el oficial judicial (art. 137) o el secretario (art. 136); en el lenguaje del código, solamente la notificación hecha por el primero se llama *notificación* (art. 137) mientras que la hecha por el segundo recibe el nombre de *comunicación* (art. 136); la diversidad del vocablo tiende a acentuar la diferencia formal entre los dos tipos de notificación (*infra,* ns. 346 y sigtes.).

La notificación puede ser *preventiva* o *sucesiva* según que *se haga antes o después de que la declaración haya sido emitida*; bajo este aspecto difieren la notificación de la demanda introductiva (citación; *infra,* n. 387), la cual se hace antes de que se proponga la demanda, de la notificación de la sentencia, la cual se hace después que la sentencia ha sido publicada (art. 285).

La notificación puede hacerse a *personas determinadas* o a *personas indeterminadas* según que *tienda a crear una condición, por la cual la declaración llegue a personas determinadas de un modo particular o bien a todas del mismo modo*; en el segundo caso se habla de *publicación*; la antítesis entre publicación y notificación se puede apreciar, a propósito de la sentencia, en el art. 133; en el lenguaje del código se observa que la *publicación* de la sentencia (art. 133) es distinta de su *publicidad* (art. 120), la cual es una especie de publicación obtenida por medios diversos del depósito en secretaría a fin de "contribuir a reparar el daño" (se entiende, ocasionado por el acto de que la sentencia declara la ilicitud).

311. INYUNCION.

A diferencia de la *orden* (*supra,* n. 303) la *inyunción* es un acto del oficio (en particular del juez, pero no exclusiva-

mente de él), que no opera sólo en el proceso sino más allá de éste, sobre la situación material de las partes o de los terceros.

La inyunción típica es, por tanto, la *decisión,* con la cual se cierra el proceso de cognición tanto contencioso como voluntario. En efecto, tal proceso no puede de otra manera componer la litis o administrar el negocio más que mediante una modificación de la relación jurídica deducida en el proceso; aun cuando se trate de proceso de declaración de certeza, la modificación consiste en aquella adquisición de certeza de la relación, que constituye al menos un reforzamiento de ello; y la modificación no se podría tener sin un mandato del oficio, mandato que es precisamente la inyunción. Esta consideración de la decisión como inyunción no encuentra ya ningún obstáculo una vez que el análisis de ella ha llevado a reconocer que a constituirla entra no sólo el juicio sino también al mandato, y a atribuir, por tanto, a la cosa juzgada una eficacia material (*supra,* ns. 79 y 94).

A diferencia del proceso de cognición, el proceso ejecutivo puede obtener la composición de la litis mediante una modificación material, más bien que jurídica, de la relación preexistente entre las partes (*infra,* n. 302); pero esto no ocurre en cuanto a la ejecución forzada por dación, en que la providencia satisfactiva no consiste en otra cosa más que en un mandato, el cual, en el proceso de libramiento, atribuye al acreedor la posesión y en el proceso de expropiación le atribuye la propiedad del bien pretendido (*supra,* n. 84). Incluso precisamente en las normas relativas a la ejecución por dación bajo la forma de libramiento la ley emplea el verbo *"ingiungere"* (art. 608[2]) (*), del cual resulta el sustantivo *inyunción,* usado para denotar la categoría de actos procesales aquí considerada.

Sin embargo, la inyunción, con la cual se concluye positivamente el proceso de cognición o el proceso de ejecución,

(*) En mis traducciones he utilizado, sin resistencia alguna, el sustantivo *inyunción*; pero no creo que idiomáticamente se pueda llegar a utilizar el verbo *inyungir*, por lo que en el art. 608 (a que se refiere el autor) lo he traducido por ordenar.

no es el único ejemplar de la categoría de actos procesales aquí considerados; hay en el curso del proceso, especialmente de expropiación, otros mandatos del juez, los cuales no agotan, como las órdenes, su alcance en el ámbito procesal; son típicos, en este sentido, el *embargo* (*infra,* ns. 683, 733, 752, 761) y la *venta forzada* (*infra,* n. 699); para tener más clara la noción de la diferencia, sobre este tema, entre la inyunción y la orden, confróntese la providencia, por la cual el juez autoriza el embargo inmediato (art. 482), con el embargo (art. 492) o bien la orden de venta (arts. 530, 569), con la providencia mediante la cual la venta viene practicada por el oficio judicial (arts. 532, 537, 574, 585, 586): que el embargo no sólo haga avanzar la expropiación forzada preparando la liquidación del activo (*infra,* ns. 697 y sigtes.) sino que además modifique la situación jurídica del deudor sobre el bien embargado, es cosa manifiesta y que será aclarada (*infra,* ns. 733, 752, 761); todavía más profunda es la eficacia material, que desarrolla no sólo sobre la situación del deudor sino también de los terceros, la venta forzada (*infra,* n. 699).

La distinción entre *órdenes* e *inyunciones,* aclarada después de investigaciones recientes, tiene, sobre todo para la estructura del proceso de cognición, una importancia de primer orden; se verá que éste es uno de los puntos en que el nuevo código ha mejorado verdaderamente el mecanismo procesal.

312. TRANSFORMACIÓN.

Se ha dicho hace poco que para la composición de la litis de pretensión no satisfecha, el proceso ejecutivo puede dirigirse a la modificación material de la relación entre las partes, desarrollando, por tanto, una actividad, que se denota con el nombre de *transformación.* Así está establecido precisamente en cuanto al proceso ejecutivo por *transformación* (la denominada ejecución forzada de las *obligaciones de hacer y de no hacer*; *supra,* n. 39), donde no tanto el oficio judicial autoriza al acreedor a realizar las obras necesarias

para hacer lo que debía ser hecho o para destruir lo que no debía ser hecho, cuanto a que las realice él mismo (arts. 612 y sigtes.; *infra,* ns. 804 y sigtes.).

Y no sería exacto creer que éstos sean actos materiales, puesto que en ellos se resuelve el ejercicio de una potestad; la diferencia de los actos de inyunción se refiere solamente a su estructura, en el sentido de que aquéllos pertenecen a las declaraciones y éstos a las operaciones (*supra,* n. 295); pero son operaciones jurídicas y su efecto consiste, entre otras cosas, en la extinción de la obligación del deudor.

SUBTITULO SEGUNDO

DE LA REGULACION DE LOS ACTOS PROCESALES (1)

313. CONVENIENCIA, JUSTICIA Y LEGALIDAD DEL ACTO.

La *técnica* enseña cuáles son las vías que los hombres deben seguir para adecuar un acto a su finalidad. *La conformidad del acto a las reglas técnicas* es lo que se llama su *conveniencia*. En cuanto es conveniente, un acto favorece a la economía; en ello está su utilidad.

Justicia del acto es, por otra parte, su *conformidad a las reglas éticas*. En cuanto es justo un acto ayuda a la paz; en ello está su bondad.

Para garantizar tanto la conveniencia como la justicia del acto, el derecho hace suyas ciertas reglas técnicas o ciertas reglas éticas, prescribiendo su observancia mediante sus mandatos; así las reglas técnicas o las reglas éticas se convierten en reglas jurídicas. La *conformidad del acto a las reglas jurídicas* constituye su *legalidad*.

314. REQUISITOS, VICIOS Y REMEDIOS DEL ACTO.

Las reglas jurídicas, dictadas para garantizar la conveniencia y la justicia de los actos, constituyen una especie de *modelo del acto*; los caracteres de este modelo son los *requisitos* del acto, *modos de ser de los cuales depende su legalidad*.

No obstante todo el cuidado en el cumplimiento de los actos, puede ocurrir que éstos sean cumplidos en modo diver-

(1) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 126; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 229; REDENTI, *Profili*, pág. 539; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 383.

so del modelo legal; tal diversidad se resuelve lógicamente en el defecto de uno o más requisitos del acto. *El defecto de un requisito* se llama *vicio* del acto.

El vicio del acto es un evento contra el cual, naturalmente, el derecho trata de reaccionar; ya tal reacción recuerda el concepto de *remedio* (contra el vicio) del acto. Pero el concepto de remedio es más amplio y merece desde ahora ser meditado. No obstante todo el cuidado en la determinación de los requisitos, puede ocurrir uno de estos dos casos: o que, a pesar del vicio, el acto responda, sin embargo, a conveniencia y a justicia; o que, viceversa, no responde a ellas aun cuando esté dotado de todos los requisitos. También estas hipótesis hacen pensar en el concepto de remedio, no ya como *medida para eliminar el vicio, sino para adecuar a la conveniencia y a la justicia del acto su legalidad.*

La exposición de la materia en los capítulos siguientes está dividida de acuerdo con estas observaciones.

Capítulo Primero

DE LOS REQUISITOS DE LOS ACTOS PROCESALES (2)

315. CLASIFICACION DE LOS REQUISITOS.

La clasificación de los requisitos de los actos jurídicos es uno de los cometidos más delicados de la teoría general, en la parte que se refiere a la dinámica del derecho. Una vez más, en este punto, el docente de derecho procesal, debe remitirse a ésta, limitando su cometido a enunciar los resultados que la teoría general ha alcanzado.

Según tales resultados, los requisitos de los actos jurídicos se distinguen en tres categorías: *presupuestos, elementos* y *circunstancias.*

(2) Redenti, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 199; Carnelutti, *Sistema*, II, pág. 128; Satta, *Diritto proc. civ.*, págs. 161, 167, 177, 181; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 347; Carnelutti, *Lezioni sul proc. pen.*, III, pág. 55.

Los presupuestos se refieren a lo que debe existir *antes del acto, en la persona que actúa o en la cosa sobre la cual se actúa,* a fin de que el acto sea jurídico, esto es, de que deriven de él efectos jurídicos.

Los elementos se refieren, en cambio, a lo que debe existir *en el acto* a fin de que éste despliegue su juridicidad.

Finalmente, las circunstancias se refieren a lo que debe existir *fuera del acto,* esto es, de la persona, que actúa o de la cosa sobre la que actúa, a fin de que puedan derivar efectos jurídicos.

Presupuestos y elementos son, por eso, requisitos *intrínsecos* del acto, mientras que las circunstancias son requisitos *extrínsecos.*

Los presupuestos se distinguen a su vez en tres especies: *capacidad, legitimación e idoneidad del objeto.*

Tres son, igualmente, las especies de los elementos: *forma, intención y causa.*

Y tres, finalmente, las especies de las circunstancias: *lugar, tiempo y condición.*

316. PROGRAMA.

Siendo los actos procesales una especie de actos jurídicos, el conocimiento de sus requisitos presupone el estudio, sobre este tema, de la teoría general. Aquí, a propósito de los requisitos, no se puede decir más que aquello que se refiere a la aplicación de los principios a tal especie de actos.

SECCION I. — DE LA CAPACIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES (8)

317. CAPACIDAD DEL ACTO.

Capacidad del acto es existencia en el agente de las cualidades necesarias para el ejercicio del poder o para el

(8) CARNELUTTI, *Sistema,* II, pág. 135; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.,* I, págs. 208 y 333; REDENTI, *Diritto proc. civ.,* I, pág. 161; JAEGER, *Diritto proc. civ.,* pág. 352; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo pen.,* III, pág. 59; CARNELUTTI, *Teoria generale,* págs. 119 y 237.

cumplimiento del deber, en que el acto se resuelva. En tanto una persona es capaz respecto de un acto, en cuanto pueda ser sujeto de la relación jurídica, activa o pasiva, en que el acto tiene su principio.

Se comprende que la regulación del acto *sub specie* de la capacidad, se vincula a la regulación de las respectivas relaciones jurídicas, en cuanto la capacidad del acto se resuelve en la capacidad de ser sujeto de una relación. *Capacidad de obrar y capacidad jurídica* son, por tanto, dos aspectos de la misma realidad. Por eso, en cuanto la ley procesal exige de algunas relaciones un cierto modo de ser subjetivo o, en otras palabras, exige que los sujetos estén provistos de ciertas cualidades, en lo que está la capacidad de ellos (capacidad jurídica), se entiende que la capacidad de obrar es un requisito de los actos, en que tales relaciones se resuelven.

318. CAPACIDAD DE LOS ACTOS DE PARTE.

"Tienen capacidad para estar en juicio las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer" (art. 75[1]); puesto que "estar en juicio" no quiere decir otra cosa que cumplir los actos en que se resuelve la actividad de las partes en el proceso, la ley pone así a los actos de parte el requisito de la capacidad *exigiendo para el cumplimiento de los actos procesales de parte las mismas cualidades que la persona debe tener para el cumplimiento eficaz de tales actos, mediante los cuales ejercita el derecho hecho valer en el proceso*; coincidiendo, por tanto, la capacidad de derecho material y la capacidad de derecho procesal, de manera que en virtud de la remisión contenida en el art. 75[1], las normas que regulan la capacidad procesal de las partes deben buscarse en el Código civil (arts. 1 y sigtes.; 414 y sigtes.).

A propósito de tales normas, recuérdese que la capacidad de derecho material no está regulada por la ley del mismo modo para todos los actos, lo que ya en cuanto a la edad se señala por el art. 2 del Código civil: entre otras cosas, mientras para los negocios la capacidad depende ante todo de la

edad (art. 2[2] de dicho código), para los actos ilícitos depende solamente de la salud mental (la llamada capacidad de entender y de querer; cfr. art. 2046 del mismo código; mientras, de ordinario, para los contratos la edad exigida es de 21 años, para el contrato de trabajo se limita a 18 (art. 3 de dicho código); mientras para los negocios *inter vivos* la incapacidad de entender y de querer no es suficiente por sí sola para excluir la capacidad jurídica (art. 428 del citado código) basta, en cambio, a tal fin en cuanto a los testamentos (art. 591[2], n. 3) y en cuanto a los actos ilícitos (art. 2046). Se comprende, por tanto, que *el cumplimiento eficaz del acto procesal exige la capacidad prevista por las normas de derecho material para los actos de la especie a que el acto procesal pertenece.* A esta regla se hace excepción en cuanto al proceso de interdicción y de inhabilitación puesto que no solamente "la persona cuya interdicción o inhabilitación se solicita puede estar en juicio y cumplir por sí sola (*scil.*, sin la asistencia del curador) todos los actos del procedimiento... aun cuando haya sido nombrado el tutor o el curador provisional..." (art. 716), sino que incluso la persona cuya interdicción o inhabilitación se han decretado puedan obrar por sí en el proceso para la revocación de la interdicción o de la inhabilitación (argumento *ex* art. 716); otra excepción parece que se ha de deducir además del oscuro último apartado del art. 274 del Cód. civ. en el sentido de que el menor o en general el incapaz según el derecho material pueden proponer por sí la demanda para la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad natural, pues de otra manera no tendría sentido la potestad atribuida al tribunal de nombrarles un curador especial; el ejercicio de tal potestad parece dejado al juicio discrecional del tribunal mismo.

Sólo en tema de responsabilidad civil del juez (*supra*, n. 193) está previsto para la proposición de la demanda en juicio, un requisito especial de capacidad consistente en la autorización del ministro de gracia y justicia (art. 56[1]), salvo que la demanda se proponga mediante la constitución de parte civil en el proceso penal (*supra*, n. 28) o bien como consecuencia de condena penal (art. 56[3]).

La presencia de las cualidades exigidas para atribuir capacidad debe verificarse *en la persona que realiza el acto de parte*, ya sea ésta la parte simple o sea un miembro de la parte compleja (*supra*, n. 106), ya sea la parte directa, o la parte indirecta (*supra*, n. 102); por tanto, si no está provisto de tal cualidad el administrador del incapaz o de la persona jurídica, o bien el representante voluntario, que obra *nomine alieno* en el proceso, las consecuencias son idénticas a las que se verificarían si hubiese obrado *nomine proprio*.

3. CAPACIDAD DE LOS ACTOS DE LOS OFICIALES, DE LOS ENCARGADOS, Y DE LOS DEFENSORES.

De la capacidad de las personas que componen el oficio judicial, y de los defensores, la ley no habla; este silencio plantea al intérprete un problema grave; suponiendo que, por ejemplo, un juez o un defensor esté afectado de interdicción, ¿deben considerarse eficaces los actos realizados por él en el proceso? El problema se resuelve de manera diversa según que la legitimación para el acto (*infra*, n. 322) derive o no a la persona de una posición jurídica, cuyo conferimiento o cuyo mantenimiento supone la verificación oficial de la presencia de la cualidad, de la que depende la capacidad. Para entender a fondo tal solución, el alumno debe poner frente a frente el nombramiento del juez y el del árbitro; para el uno y para el otro está prescrito el requisito de la capacidad (art. 8 del D. L. de 30 de enero de 1941, n. 12; art. 812[2]), pero sólo en cuanto al primero, y no en cuanto al segundo, está dispuesta una declaración de certeza de tal requisito hecha por la autoridad; por consiguiente, la capacidad del juez, al menos por lo que se refiere al momento de su nombramiento, no podría, a diferencia de la del árbitro, ser negada sin impugnar la eficacia del acto en que el nombramiento consiste.

Por tanto, la solución del problema es diversa *según que la legitimación del oficial, del encargado, del defensor, dependa de un nombramiento de carácter público o privado; en la primera de tales hipótesis, el requisito de la capacidad debe*

considerarse absorbido en el de la legitimación, en cuanto el nombramiento implica la verificación de las cualidades necesarias para constituir la capacidad. Esta regla comprende no sólo a los oficiales sino también a los encargados, cuyo nombramiento se hace por el oficio judicial, y además a los defensores en cuanto la elección no se haga libremente por la parte (*supra*, n. 111). *Esta regla no se extiende a las causas de incapacidad sobrevenidas después del nombramiento, salvo que la persona no esté sujeta a vigilancia de la autoridad, en virtud de la cual una causa sobrevenida de incapacidad determinaría una providencia dirigida a privarla de la legitimación:* así ocurre en cuanto al juez o al defensor, pero no, por ejemplo, en cuanto al consultor del juez, cuya incapacidad para causas posteriores al nombramiento podría, por tanto, viciar sus actos, salvo el caso en que el nombramiento dependa de la inclusión en determinados registros (cfr. art. 441[1]), que importe la vigilancia ahora indicada.

320. CAPACIDAD DE LOS ACTOS DE LOS TERCEROS.

Puesto que también los terceros son sujetos de relaciones jurídicas procesales (*supra*, n. 249) se plantea también respecto de sus actos el problema de la capacidad, el cual se resuelve con analogía al principio establecido en cuanto a las partes; por tanto, debe considerarse que *a los actos procesales de terceros se apliquen las normas relativas a la capacidad establecidas para la respectiva categoría de actos por el derecho material.* Bajo tal aspecto conviene considerar la naturaleza jurídica del acto realizado por el tercero.

Puesto que en cuanto el tercero proporciona pruebas al proceso, realiza *actos debidos*, la capacidad no constituye un requisito para ello; en efecto, la regla es que no existen límites de capacidad a la eficacia del acto debido (argumento *ex* art. 1190 del Cód. civ.). Con esta regla no está en oposición el art. 246, en cuya rúbrica se habla de *incapacidad para testimoniar*, puesto que su norma se refiere más propiamente a la legitimación (*infra*, n. 326); en cambio, el art. 248 no excluye en absoluto el testimonio de los menores, sino que

solamente regula de un modo particular su forma y la subordina a una especial necesidad (*infra*, n. 449).

De otro lado, en cuanto el tercero proporciona al proceso ejecutivo bienes (*tercero responsable; supra*, n. 256), si bien no se haga valer contra él otra cosa que un derecho procesal, esto es suficiente para que él se convierta en una parte y para que sus actos sean tratados *sub specie* de la capacidad como los actos de parte (*supra*, n. 318).

Finalmente, los actos del *tercero adquirente* o en general del *tercero contratante* respecto de los bienes embargados en el proceso de expropiación (*supra*, n. 257) son negocios jurídicos (*supra*, n. 290), los cuales en orden a la capacidad se regulan según las normas del Código civil (*supra*, n. 318).

SECCION II. — DE LA IDONEIDAD DEL OBJETO DE LOS ACTOS PROCESALES (4)

321. IDONEIDAD DEL OBJETO DEL ACTO.

Se llama, en teoría general del derecho, *comerciabilidad* del objeto la *idoneidad de un bien para ser objeto de una relación jurídica*. En cuanto de la idoneidad del bien para ser objeto de la relación jurídica, la cual encuentra en el acto su desenvolvimiento, dependa la eficacia del acto, éste tiene en la comerciabilidad del objeto un requisito suyo. La no comerciabilidad del objeto toma el nombre de *dominio público*. La teoría general del derecho enseña que el concepto de dominio público puede ser entendido en sentido absoluto y relativo, y cuáles son en uno y otro sentido los bienes de dominio público. Sin embargo, puesto que la voz comerciabilidad es menos propia, cuando se trata de expresar la idoneidad del objeto respecto de las relaciones de derecho público y, en particular de derecho procesal, aquí se habla genéricamente más bien de *idoneidad del objeto* que de comerciabilidad.

Objeto de los actos procesales es a veces una persona y

(4) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 240; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 63.

a veces una cosa (*supra*, n. 7). También la determinación del objeto del acto es un aspecto delicado de su análisis, el cual exige un cierto dominio de la teoría general. Por ejemplo, objeto de la instancia es normalmente la persona del juez, o en general, del oficial o encargado, mediante la obra del cual se debe cumplir el acto exigido; objeto de la orden puede ser según los casos la persona de la parte o del tercero (orden de comparecer o de testimoniar) o bien una cosa (orden de exhibir un documento); lo mismo puede decirse de la inyunción. Ahora bien, si la persona o la cosa no es idónea para constituir objeto de la relación jurídica, que mediante el acto se desarrolla, al acto procesal le faltaría precisamente el requisito de la idoneidad del objeto.

El que, por ejemplo, un juez, si la parte no comparece para responder al interrogatorio no formal (art. 117), ordene su acompañamiento forzado, puede ser inverosímil, puesto que el juez sabe que este poder le corresponde respecto del tercero testigo (*supra*, ns. 251 y 306) no de la parte; pero, si sucediese así, la nulidad de la orden tendría su causa en el defecto del requisito aquí considerado. Por la misma razón sería nula la orden de inspección de la persona de una parte o de un tercero cuando esto pueda originar a la una o a la otra un grave daño (art. 118; *supra*, ns. 226 y 252). El grupo más conocido de normas, que establece la idoneidad de cosas para ser objeto de determinadas relaciones y por eso de los correspondientes actos procesales, es el referente a la inembargabilidad de los muebles (arts. 514 y sigtes.; *supra*, número 186); si un oficial judicial somete a embargo un bien, respecto del cual la ley establece la inembargabilidad, su acto es nulo por la razón aquí indicada.

SECCION III. — DE LA LEGITIMACION PARA LOS ACTOS PROCESALES (5)

321. LEGITIMACION PARA EL ACTO.

La legitimación consiste no ya, como la capacidad, en un modo de ser natural del actuante, sino en un modo de ser jurídico (ser parte, ser acreedor, ser procurador o abogado, ser magistrado, o similares); por eso, se define como *pertenencia al actuante de una relación jurídica, en vista de la cual al acto le es atribuida* (legitimación *positiva*) *o bien negada* (legitimación *negativa*) *cualquier eficacia* (legitimación *constitutiva*) *o bien una cierta eficacia* (legitimación *modificativa*). Si es suficiente a tal efecto, en lugar de la pertenencia *real*, la pertenencia *aparente* de la relación jurídica (legitimante), se da la legitimación *de hecho* en lugar de la legitimación *de derecho*. Mayores nociones en torno a este importantísimo concepto, el alumno las podrá aprender de la teoría general; aquí es solamente oportuno observar que la distinción entre capacidad (*supra*, n. 317) y legitimación no es observada con cuidado en los ambientes prácticos, en los que, en particular, se acostumbra a expresar la capacidad con la fórmula de la *legitimatio al processum*.

Naturalmente, el que la legitimación sea requisito de un acto supone que la respectiva relación jurídica no pertenece a cualquiera, sino tan sólo a determinadas personas; si un poder es atribuido o un deber es impuesto a cada uno, no puede el acto en que el poder o el deber se desenvuelve, presentar aquel defecto.

323. LEGITIMACION PARA LOS ACTOS DE PARTE.

Al problema de la legitimación de los actos de parte, que presenta una notable dificultad, se refiere el art. 81, en cuan-

(5) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 142; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, págs. 244 y 304; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 353; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 273; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 61; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 182; MONACCIANI, *Azione e*

to dispone que "fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno". Una primera interpretación de esta norma permite entender que el derecho de proponer una demanda en juicio no pertenece a cualquiera, sino solamente al titular del derecho que con la demanda se hace valer. Sin embargo, este resultado no debe ser exacto en cuanto no es necesario tener un derecho para hacerlo valer, ya que de otra manera no podría accionar sino quien tiene razón; la pertenencia del derecho hecho valer no puede considerarse, pues, necesaria para legitimar la demanda. A tal fin, no es necesario *tener*, sino que basta *poder tener* un derecho; precisamente la demanda se propone a fin de que se decida si a la posibilidad corresponde la existencia de la tutela. Un requisito de legitimación para la demanda ha de reconocerse; en cuanto consiste, sin embargo, en la pertenencia al actuante no ya de una relación jurídica diversa de aquella que con la demanda se desarrolla sino de una *situación de hecho* (afirmación de la pertenencia del derecho), a la que la relación jurídica puede corresponder o no corresponder, se trata no de legitimación de derecho sino de *legitimación de hecho*. Es cierto también, sin embargo, que frente a aquel que no afirma siquiera que el derecho hecho valer le pertenece y que, sin embargo, propone la demanda para que se establezca su certeza, sin que concurran a su favor ni la hipótesis de la representación (*supra*, n. 103) ni la hipótesis de la sustitución (*supra*, n. 104), el juez tiene, sin embargo, el deber de pronunciar, aun cuando su pronunciamiento deba ser desfavorable y negativo (*infra*, n. 481). Esto significa que la *legitimación para la demanda es no sólo de hecho, sino también modificativa y hasta constitutiva*; en otros términos, la legitimación se exige no ya a fin de que la demanda produzca el efecto de obligar al juez a un pronunciamiento cualquiera, sino de obligarlo a un pronunciamiento con contenido positivo; en suma, de la legitimación depende no ya la obligación

legittimazione, Milano, Giuffrè, 1951; CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, en *Rivista di dir. proc.*, 1952, II, pág. 121; CARNELUTTI, *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, *ibi*, 1954, II, pág. 97.

de pronunciar, sino la obligación de pronunciar en cuanto al fondo.

La legitimación, de tal naturaleza y con tales efectos, corresponde, pues, a quien es parte de la litis o del negocio deducido en la demanda (*supra*, n. 6) o bien representante o sustituto de la parte. Así se aclaran las relaciones entre parte en sentido material y parte en sentido procesal: las dos posiciones son distintas, pero la cualidad de parte en sentido material es necesaria al objeto de legitimar a la parte en sentido procesal.

324 LEGITIMACION PARA LOS ACTOS DEL DEFENSOR.

Para los actos del defensor, la legitimación es, en cambio, *constitutiva* y de *derecho*: esto quiere decir que los actos propios del defensor si no son cumplidos por quien no ya afirme tener, sino que tenga posición de defensor, carecen de eficacia.

Bajo tal aspecto se distinguen los actos del defensor *actuante* de los del defensor *consultor*; y entre estos últimos, los actos del *abogado* de los del *consultor técnico* de parte (*supra*, ns. 108 y sigtes.).

Respecto de los actos del defensor actuante está prescrita una doble legitimación *genérica* y *específica*, concerniente a la inscripción en la matrícula de los procuradores o de los abogados, según las conocidas reglas (*supra*, n. 111) y la *procura* (*poder*) (*supra*, n. 112); respecto de ciertos actos (ejemplo, querella de falsedad; *infra*, n. 461) el requisito de la legitimación específica es todavía más severo en cuanto está prescrito el poder especial (*ad actum*; art. 221[2]).

Respecto de los actos del defensor consultor jurídico (abogado) la legitimación es *simple* y *genérica:* hace falta la inscripción en el registro, pero no el poder.

Respecto de los actos del consultor técnico, en cambio, la legitimación es *simple* pero *específica:* no hace falta la inscripción en ningún registro (cfr., sin embargo, en cuanto al procedimiento del trabajo, los arts. 441[1], 463 y 468), sino el nombramiento de la parte hecho mediante declaración ante el secretario (art. 201[1]).

325. LEGITIMACION PARA LOS ACTOS DEL OFICIO JUDICIAL.

También respecto de los actos del oficio está prescrito el requisito de la legitimación, *genérica* y *específica* con carácter *constitutivo*.

La legitimación genérica consiste en la posición de oficial o de encargado de quien los cumple y deriva, por tanto, del *nombramiento*. No existe norma expresa alguna sobre este tema, salvo respecto de la sentencia de los árbitros, para la cual la ley conmina la nulidad "si el compromiso es nulo" o "si los árbitros no fueron nombrados con las formas y en los modos prescritos" (art. 829[1], ns. 1 y 2) y así, si falta un nombramiento válido de los árbitros, que la han pronunciado; sin embargo, el principio es tan obvio que no hay necesidad de demostración alguna; por tanto, sería nula la sentencia pronunciada por quien no tenga la posición de juez. Diversa es la cuestión de si concurre aquí la legitimación *de derecho* o bien la legitimación *de hecho*, de manera que sea válida, sin embargo, la sentencia pronunciada por el juez investido de hecho de su función, aunque el nombramiento del mismo sea ineficaz; en defecto de normas que admitan la legitimación de hecho, se debe considerar la nulidad de la sentencia del *juez aparente*; también ésta, sin embargo, es una nulidad que resulta sanada por la constitución de la cosa juzgada formal (*infra*, n. 379).

No basta que el actuante tenga el nombramiento de oficial o de encargado, sino que es necesario, además, que pertenezca al oficio judicial competente para la composición de la litis o para la administración del negocio; se ha dicho ya que la competencia es una especie de legitimación (*supra*, n. 322). Al igual que una sentencia pronunciada por quien no tiene el nombramiento de juez, así la pronunciada por un juez, que no pertenece al oficio competente (*supra*, ns. 125 y sigtes.) es nula, salvo su convalidación por efecto de la cosa juzgada formal (*infra*, n. 379).

Finalmente, además de la competencia del oficio judicial (externa), es necesaria la competencia (interna) del oficial o del encargado (*supra*, n. 159); de manera que no sería

válida la designación del juez instructor hecha por quien no tenga funciones de presidente del oficio judicial (arts. 172 y sigtes.; *infra*, n. 407); ni la ordenanza de admisión de una prueba hecha por quien no haya sido designado juez instructor (arts. 202 y sigtes.; *infra*, ns. 462 y sigtes.), ni el proceso verbal (acta) de la asunción de una prueba, redactado por el juez en lugar de por el secretario (*supra*, n. 118), ni la sentencia pronunciada por jueces, que no habían asistido a la discusión (art. 276[1]; *infra*, n. 363), ni el embargo de bienes muebles en poder del deudor hecho por el secretario en lugar de por el oficial judicial (art. 513; *infra*, ns. 720 y sigtes.).

Finalmente, además de la competencia del oficio judicial y del oficial o encargado es necesario para legitimar al oficio y al oficial, que se verifiquen, *respecto del uno y del otro*, los hechos, de los cuales la ley hace depender el ejercicio del poder, que se desarrolla en el acto: así como una parte no está legitimada para contradecir solamente porque a ella le pertenezca uno de los intereses en litis, si contra la misma no se ha propuesto la pretensión, así la legitimación del oficio judicial, aun cuando sea competente, no surge mientras no le haya sido propuesta la demanda; y no surge para el juez instructor mientras no haya sino nombrado (art. 168 *bis*; *infra*, n. 406) ni para el colegio mientras no haya tenido lugar la remisión de la causa para la discusión (art. 189; *infra*, n. 468).

326. LEGITIMACION PARA LOS ACTOS DE LOS TERCEROS.

También respecto de ciertos actos de los terceros está prescrito el requisito de la legitimación.

A la legitimación y no a la capacidad se refiere, ante todo, la ley con las dos normas correspondientes, según los títulos que se leen en el código, a la "incapacidad para testimoniar" (art. 246) y a la "prohibición de testimoniar" (art. 247), títulos poco felices e incorrectos el uno y el otro (*supra*, n. 320); la verdad es que cuando se ha estatuido que no pueden prestar declaración "las personas que tienen en la

causa un interés que podría legitimar su participación en el juicio", y tampoco "salvo que la causa verse sobre cuestiones de estado, de separación personal o atinentes a relaciones de familia..." pueden prestar declaración "el cónyuge, aunque esté separado, los parientes o afines en línea recta, y aquellos que estén ligados a una de las partes por vínculos de afiliación", el requisito de la legitimación (negativa) del testigo no se hace consistir en una cualidad natural de la persona, sino en una posición jurídica de la misma (ser parte o estar en una determinada relación con la parte); precisamente la posición que legitima los actos de la parte operan en sentido contrario para los actos del tercero. La fórmula del "interés que podría legitimar la... participación (del tercero) en el juicio" (art. 246), aun cuando literalmente comprenda tanto la hipótesis de la intervención *principal* como la de la intervención *accesoria* (*supra*, ns. 105 y 262), debe interpretarse restrictivamente por los manifiestos inconvenientes, sin duda no conformes a la *mens legis*, de la exclusión de número de los testigos, entre otros, de todos los acreedores de una parte, los cuales están legitimados, sin embargo, para la intervención accesoria.

Otro acto procesal de tercero, para cuya validez está prescrito un requisito de legitimación, es la oferta en la subasta (*infra*, n. 700), la cual se prohibe siempre al oficial público que la presida (art. 1471 del Cód. civ.); además, a quien sea administrador no voluntario de los bienes vendidos, cuando el deudor es un incapaz o una persona jurídica pública (el mismo artículo); finalmente, el propio deudor si la subasta es inmobiliaria (art. 579[1]; *infra*, n. 773); aquí la legitimación consiste en no ser el oferente sujeto de la obligación, por la cual se procede, o de la potestad, en virtud de la cual se procede.

SECCION IV. — DE LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES (6)

1. LA FORMULACION FORMAL DEL ACTO.

La palabra *forma*, en el lenguaje científico y jurídico, es una de aquellas que presentan mayor variedad de significado y, por eso, mayor dificultad para la definición del concepto, que sirve para denotar. Por eso, en orden a la exigencia de precisión del lenguaje, que se manifiesta con particular gravedad en el campo de la teoría general, he abandonado últimamente, en tal campo y también para la sistematización de los actos del proceso penal, la terminología acostumbrada, sustituyendo, para denotar el elemento físico del acto, la palabra "actuación" a la palabra "forma". Aquí, sin embargo, considero que sobre la exigencia de la precisión pueda prevalecer la de la tradición, de manera que, a fin de no apartar demasiado al alumno del lenguaje común adoptado por el código (arts. 121 y sigtes.), continúo sirviéndome de la palabra "forma", advirtiendo que, en sentido amplio, cuando se dice forma del acto se hace referencia al *acaecimiento físico, el cual cambia lo que era antes* (*situación inicial*) *en lo que es después* (*situación final*) *del acto mismo* y así da cuerpo a la voluntad y actúa la causa, que lo mueve; puesto que tal acaecimiento físico es lo que se llama, en el lenguaje corriente, *el hecho*, puede también decirse que *la forma del acto es el hecho en que el acto se resuelve.*

Si tal acaecimiento se considera en su devenir, como ciclo entre el principio (situación inicial) y el evento (situación final), se llama *acción*; si se considera en su ser, como epílogo del ciclo, se llama *evento*; en el lenguaje del derecho civil se dice también en el primer sentido *forma* (*en sentido estricto*) y en el segundo *contenido* del acto; para evitar

(6) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 159; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 326; REDENTI, *Profili*, pág. 549; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 206; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 404; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 356; SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1942, pág. 233; SATTA, *Diritto proc. civ.*, págs. 161 y 167; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 275; CARNELUTTI, *Lezioni sul proc. pen.*, pág. 76; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 352.

confusión entre el significado más amplio o más restringido de forma, es mejor contraponer el *contenido* al *modo*.

Puesto que un acto es jurídico en cuanto de él derivan efectos jurídicos, esto es, en cuanto el valor jurídico de la situación final es diverso del de la situación inicial (*supra*, n. 282), *no se puede atribuir a él un efecto jurídico sin determinar su forma*, de donde resulta que *toda atribución de juridicidad a un acto se resuelve en su regulación*; esto es, en la prescripción *de lo que debe existir físicamente a fin de que alguna cosa exista jurídicamente*, esto es, a fin de que derive del acto un efecto jurídico. En otras palabras, el mínimo de la regulación jurídica de un acto es su regulación formal; un acto puede no estar regulado respecto de cualquier otro de sus caracteres, pero en cuanto a la forma, si ha de ser un acto jurídico, debe estar regulado. Con esta importancia suma, y hasta con esta indispensabilidad de la regulación formal, se explica una cierta promiscuidad en el lenguaje de los juristas prácticos entre normas y formas en cuanto concierne a la dinámica del proceso; la verdad es que las normas en torno a los actos procesales se resuelven ante todo en las formas de los actos mismos.

328. REGULACION DEL CONTENIDO.

Si la regulación jurídica mínima de un acto es su regulación formal, a su vez la regulación formal mínima es la regulación del contenido; *sin que el contenido esté regulado un acto no puede ser jurídico, pero puede ser jurídico aun cuando no esté regulado el modo del mismo.*

El contenido del acto está regulado al menos en cuanto la ley indica con un nombre la categoría a la que el acto debe pertenecer para producir un cierto efecto jurídico: cuando el art. 99 dispone que "quien quiera hacer valer un derecho en juicio, debe proponer *demanda*...", define con la palabra "demanda" lo que debe ocurrir a fin de que el proceso para la declaración de certeza o para la actuación del derecho hecho valer se promueva. No dejan de ser frecuentes los casos en los que la ley no regula de otra manera que mediante el

nombre del evento la forma del acto desde el punto de vista de su contenido: cuál deba ser, por ejemplo, el contenido de la *inspección* (de personas o de cosas; arts. 258 y sigtes.) o bien del *escrito* (*alegato*) (art. 125), o bien de la *renuncia a los actos del juicio* (art. 306) no se deduce sino del nombre que la ley emplea para denotar el acto; en tales casos, la regulación formal desde el punto de vista del contenido es *sintética* o *por definición*. A estos casos se contraponen otros en los que la regulación del contenido es *analítica* o *por descripción*: véanse, por ejemplo, el art. 132 en cuanto a la sentencia (*infra*, n. 339), el art. 163 en cuanto a la citación (*infra*, n. 386); el art. 480 en cuanto al precepto (*infra*, número 670), el art. 492 en cuanto al embargo (*infra*, n. 683).

122. LIBERTAD DE FORMA (7).

Puede ocurrir, pues, que la forma de los actos esté regulada solamente desde el punto de vista del contenido, de manera que sea libre para el actuante el modo mediante el cual se dé al acto el contenido prescrito. En tal caso se habla de *libertad de forma*, donde forma está usada en sentido estricto, esto es, en el sentido de *modo* (*supra*, n. 327); la verdad es que cuando el contenido está determinado solamente con el nombre del acto, que en ello consista una regulación formal (de contenido) es cosa que escapa a la atención y parece, por eso, que no se encuentre establecido ningún requisito de forma por la ley.

El principio de la *libertad de forma* o más correctamente *de modo* se encuentra estatuido por el art. 121: "los actos del proceso para los cuales la ley no requiera formas determinadas, pueden cumplirse en la forma más idónea para que alcancen su finalidad"; esta fórmula, a fin de que tenga exactitud científica, debe corregirse sustituyendo *modo* a *forma* y, en la última parte, a la frase "en la forma más idónea para que alcancen su finalidad" la otra "en cualquier modo idóneo para que alcancen su finalidad"; manifiestamente es la *sufi-*

(7) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 162.

ciencia no la *perfección* del modo la que la ley exige para la eficacia del acto (cfr. art. 156[2] y [8]; *infra*, n. 361). La enunciación de la libertad de forma, salvo los límites establecidos por la ley, se repite en cuanto a las providencias del juez (*infra*, n. 338) por el art. 131[2].

El principio de la libertad de modo no exonera al actuante de la observancia de reglas concernientes al modo del acto sino que sólo expresa la ausencia de reglas dictadas por la ley a tal objeto; se comprende que él debe realizar, sin embargo, el acto en el modo necesario, según la experiencia, a fin de que se obtenga el evento en que su contenido consiste; por eso, el principio de la *libertad de modo* se resuelve en el principio de la *congruencia* (del modo al contenido) *del acto* o principio de la *correspondencia* (del modo) *del acto al objeto*, el cual se aplica, como veremos, en el art. 156[2] donde valen como prescritos por la ley aquellos modos que son "indispensables para alcanzar su finalidad".

330. REGULACION LEGAL DEL MODO.

No obstante el principio enunciado en el art. 121 son, sin embargo, frecuentes las prescripciones de la ley en torno al modo de los actos procesales, a fin, se entiende, de garantizar la obtención de la finalidad, tanto desde el punto de vista de la conveniencia y de la justicia como de la certeza del acto. Considerando que, como se vio en cuanto al art. 121, la ley llama forma, por antonomasia, a aquel lado de ésta, que es el modo, toman el nombre de *actos formales* aquellos *actos respecto de los cuales además del contenido, está regulado el modo*. La regulación modal se encuentra estatuida por la ley, pero puede también remitirse por ésta al juez (art. 202[2]).

Puesto que el modo del acto puede ser regulado con respecto a la persona que obra o, por el contrario, prescindiendo de ella, el requisito modal se puede distinguir en modo *subjetivo* u *objetivo*.

331. MODO SUBJETIVO.

Se refieren al modo subjetivo de los actos procesales *aquellas prescripciones que hacen depender la validez del acto*

de que se haya cumplido por o frente a una determinada persona, ya sea directamente o bien indirectamente (por medio de otro).

Bajo este perfil, ante todo, el acto *puede deber ser cumplido por la misma persona, a la que pertenece el poder o el deber, que en el acto mismo se desarrolla, o bien por otro en su lugar o bien solamente por otro en su lugar.* Por ejemplo, el testimonio es un acto que debe ser cumplido por el testigo en persona; tal exigencia se establece solamente para el testimonio de la parte por las normas que se refieren al interrogatorio formal (art. 231) o al juramento (art. 238[1]; *infra*, ns. 441 y sigtes.) pero se extiende por analogía también al testimonio del tercero. En cambio, la inspección judicial (*infra*, ns. 465 y sigtes.) puede ser realizada en lugar de personalmente por el juez (art. 259) por medio del consultor técnico (arts. 194[2], 195[2], 260); a esta regla constituye excepción el art. 714 en cuanto a la inspección de la persona cuya interdicción o inhabilitación se solicita (*infra*, n. 921). Finalmente, en cuanto a los actos de parte, cuando el patrocinio es necesario (*supra*, n. 110) no sólo se consiente sino que se impone la cooperación del defensor, salvo en cuanto a ciertos actos que la parte, sin embargo, pueden cumplir por sí (ejemplo, art. 206 para la asistencia a la asunción de las pruebas; *infra*, n. 407; art. 221[2], en cuanto a la querella de falsedad; *infra*, n. 461).

En segundo lugar, las prescripciones de modo subjetivo pueden contemplar en lugar del *hacer personalmente o por medio de otro*, el *hacer por sí solo o juntamente con otro.* En cuanto a los actos de oficio, consúltese el art. 57[2] según el cual el juez debe ser *asistido* por el secretario si se trata de "actos de los cuales debe levantarse acta"; y en cuanto a los actos de parte, confróntese el art. 117, en el que para el interrogatorio no formal, está consentida a la parte la asistencia del defensor, con el art. 707[1], según el cual, para el interrogatorio de los cónyuges en la fase introductiva del proceso de separación, tal asistencia está excluida.

Finalmente, las prescripciones en torno al modo subjetivo pueden contemplar no tanto el *hacer con otros*, cuanto

en presencia de otros y a este respecto surgen los dos conceptos del acto realizado *públicamente* o bien del acto realizado *en reunión*. Puesto que, según el vigente ordenamiento, la prescripción de la publicidad se hace solamente para los actos que han de realizarse *en reunión*, los dos conceptos terminan por interferir. Reunión significa *no tanto presencia de varias personas en el mismo tiempo y lugar cuanto tal presencia al objeto de obrar conjuntamente*. Si la reunión tiende a la formación de un acto concursal (*supra*, n. 298) debe llamarse *asamblea*; en caso diverso puede llamarse convención o comparecencia; cuando la convención o comparecencia judicial es presidida por el juez toma el nombre de *audiencia* (art. 127[1]). Son muy frecuentes los actos en los que el modo subjetivo está regulado en el sentido de que deban tener lugar en reunión; la decisión en el proceso colegial de cognición se forma mediante actos de los jueces, que son realizados en *asamblea secreta* (*cámara de consejo*, art. 276[1]; *infra*, n. 343; en cuanto al colegio de los árbitros se habla, en cambio, de *conferencia personal*, art. 823[1 y 2]); la instrucción del proceso de cognición o ejecución consta de una serie de actos, algunos de los cuales deben ser practicados en *audiencia* (*no pública*; cfr. arts. 181, 183, 485; *infra*, ns. 412 y sigtes.); la discusión (oral) del proceso de cognición se hace en *audiencia pública* (arts. 275 y 128; *infra*, n. 476); igualmente, en la audiencia pública se celebra la subasta inmobiliaria (art. 581[1]; *infra*, n. 776) mientras que el remate de los muebles tiene lugar en una reunión judicial presidida por el oficial (inferior) delegado para la venta (art. 534; *infra*, n. 740).

En cuanto los actos tienen lugar en reunión, su modo está regulado también en cuanto se refiere a la orden y a la medida del concurso de cada uno de los que actúan, lo que puede ocurrir según prescripción de la ley (cfr. el art. 84[1] disp. apl., en cuanto a las audiencias del juez instructor; *infra*, n. 416; y el artículo 117 disp. apl., en cuanto a las audiencias del colegio; *infra*, n. 476) o por atribución de la potestad directiva al presidente (art. 127); si la audiencia es pública (art. 128) se regula también el comportamiento de los espectadores (art. 129).

332. MODO OBJETIVO

El modo de los actos procesales puede regularse también sin referencia particular a la persona que los cumple o respecto de la cual se cumple; por eso, *objetivamente, mediante determinación del uso que el actuante debe hacer del propio cuerpo o de cosas, que le sirven para el cumplimiento.* Según las dos hipótesis, se puede hablar de modo objetivo *personal* o *real.*

Un ejemplo de norma que prescribe un modo objetivo personal se encuentra en materia de declaraciones, en el artículo 122, que impone "el uso de la lengua italiana" (*infra,* n. 335).

Por lo general, el modo real de los actos está confiado a la libre iniciativa del actuante; así, cuando la ley habla de escrito (ejemplo, art. 125) no dice con qué cosa (lápiz, pluma, máquina de escribir, etc.) se deba llevar a cabo tal operación; no son, sin embargo, del todo raras las prescripciones relativas al modo real; véase, por ejemplo, el art. 581[3] acerca de la subasta inmobiliaria (*infra,* n. 776) y piénsese, en cuanto a los escritos procesales, en las normas tributarias, que prescriben el uso de los sellos y del papel sellado (*supra,* n. 236).

Un instituto que se encuadra en el modo objetivo de los actos, es el *uniforme judicial,* el cual, en audiencia pública, debe ser (*supra,* n. 331) usado por los oficiales del proceso (arts. 757 y sigtes. del reglamento general judicial), por los procuradores y por los abogados (arts. 170 y sigtes. del reglamento general judicial, modificado por el art. 104 del decreto de 16 de agosto de 1926, n. 1683, y por el decreto de 6 de enero de 1927, n. 3).

333. REGULACION FORMAL GENERICA ESPECIFICA.

Puesto que, como se ha dicho, la regulación formal de los actos resulta al menos del nombre, que denota su contenido, y de las reglas de experiencia, las cuales enseñan los modos para obtener tal contenido, se entiende que puede ser *de*

género o de especie, según que se refiera a categorías de actos o a actos singulares. Bajo este aspecto se manifiesta tanto en el campo científico como en el legislativo la más grave dificultad metodológica relativa a este argumento, la cual se refiere a su colocación en el conjunto de las normas o de los principios concernientes a la forma de los actos. Resolviéndose naturalmente la oposición del procedimiento en la descripción de los actos, que se deben suceder para el cumplimiento del proceso y, a su vez, tal descripción en su regulación formal, puede parecer que la forma de los actos no se pueda hacer de otra manera sino a través de la exposición del procedimiento. Sin embargo, la dificultad está en que existen actos, cuya forma está genéricamente regulada; por ejemplo la notificación se hace del mismo modo ya tenga por objeto la citación, o la sentencia o el precepto; es claro que en una exposición ordenada, las normas relativas a la regulación de actos, que concurren en diversos procedimientos o en diversas fases del procedimiento, deben encontrar lugar en una parte anterior a la destinada al procedimiento y, así, en la parte dedicada a los actos considerados en sí mismos.

De este problema metodológico se ha dado cuenta el nuevo legislador, el cual trata de la forma de algunos actos en el título sexto del libro primero, esto es, en la parte general, y de otros a medida que, en los títulos siguientes, los actos singulares se presentan en el curso del procedimiento; los primeros son aquellos cuya forma está genéricamente regulada en el sentido de que, al menos en ciertos aspectos, se llevan a cabo de la misma manera tanto si se produce en uno como en otro tipo de procedimiento: por ejemplo, mientras de la citación y del precepto el código habla respectivamente en el segundo y en el tercer libro porque cada uno de estos dos actos se manifiesta respectivamente sólo en el proceso de cognición y en el proceso ejecutivo, la forma de las providencias del juez está regulada, en cambio, en el libro primero porque los tipos formales de la providencia son siempre aquellos para el proceso de cognición o de ejecución, voluntario o cautelar. Este método se repite en particular en el tercer libro, donde el capítulo primero del título segundo, relativo

a la expropiación forzada, contiene en torno a la forma de los actos algunas normas comunes a los actos que se cumplen en las diversas especies de proceso ejecutivo.

A este método trata de ajustarse también, dentro de los límites de lo posible, el estudio que sigue, *donde se exponen, pues, solamente los principios en torno a la forma de los actos que, en cuanto se refieren a categorías enteras, no encontrarían lugar adecuado en la exposición del procedimiento.*

Tales actos pertenecen a las dos especies de las *declaraciones* y de las *operaciones procesales.*

§ 1. — DE LA FORMA DE LAS DECLARACIONES PROCESALES (8)

334. REGULACIÓN FORMAL DE LA DECLARACIÓN.

Para la aplicación de las reglas en torno a las declaraciones, ya sean dictadas por la ley, ya sean dictadas por la experiencia, es necesario que el alumno se dé cuenta de su estructura tanto desde el punto de vista del *contenido* como desde el punto de vista del *modo.*

Puesto que la declaración es un acto dirigido a hacer conocer (*scil.*, por otros) el pensamiento del declarante en torno a un determinado tema, su contenido consiste necesariamente en *un juicio* en torno a *lo que es* (declaración de *ciencia* o, mejor, *informativa*) o en torno a *lo que debe ser* (declaración de *voluntad* o, mejor, *imperativa*). De tal juicio, el declarante puede formular solamente la *conclusión* o también la *premisa* o, como se acostumbra a decir, sólo el *objeto* o también los *motivos*; según este criterio, las declaraciones se distinguen en *declaraciones nudas* y *declaraciones motivadas.* La conclusión es el contenido mínimo de la declaración.

A fin de que el pensamiento del declarante sea conocido, es necesario que se convierta, de interior que es, en exterior a él, esto es, que toma forma: ordinariamente esto ocurre mediante *una construcción con signos* (de ordinario, *palabras*),

(8) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 260; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 86.

la cual puede llamarse *fórmula*; puede ocurrir también, sin embargo, que para la manifestación del pensamiento sea suficiente, en lugar de una actividad, una inercia del declarante (silencio) y de ahí que se hable, junto a la *declaración expresa* (*rectius, comisiva*), de *declaración tácita* (*rectius, omisiva*).

Lo menos que puede ocurrir a fin de que el pensamiento sea conocido, es la *creación* de la fórmula; lo más, es su *emisión*, consistente en tal *empleo de la fórmula en cuya virtud se haga segura o al menos probable su percepción por parte del destinatario*. Según este criterio, las declaraciones se distinguen en *recepticias* y *no recepticias*; son recepticias las declaraciones cuya creación va seguida de la emisión. La creación es el modo mínimo de la declaración.

La regulación formal de la declaración debe incidir necesariamente sobre las cuatro fases en que la misma se descompone: *objeto, motivos, creación, emisión*. Como se ha visto (*supra*, n. 328), no es posible que de cada declaración jurídica, al menos el objeto no sea regulado por el derecho; cuando, por ejemplo, la ley dice *instancia* o *sentencia*, esto significa que la declaración debe tener un objeto, que responda a la noción de la instancia o de la sentencia. La determinación del objeto es, pues, el contenido mínimo de la regulación formal de la declaración; el principio es que *no existe declaración jurídica, de la cual no esté regulado el objeto por una norma, para lo que puede bastar el nombre impuesto por ésta a la declaración*.

Si, además del objeto, una norma regula también los motivos, la creación o la emisión, la regulación formal de la declaración es más intensa y compleja.

335. LENGUA DE LAS DECLARACIONES PROCESALES (9).

Existe una sola norma que regula la forma de todas las declaraciones procesales; es la norma que *prescribe el uso en el proceso de la lengua italiana* (art. 122[1]).

(9) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 338; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 163; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 357.

Tal norma debe entenderse en el sentido de que si el declarante *sabe hablar o escribir el italiano* (como debe ocurrir, al menos en cuanto a los defensores y a los oficiales) *debe hablar o escribir italiano*; pero no en el sentido de que si no sabe (como puede ocurrir en cuanto a las partes, los testigos, o en general los terceros, y, a veces también, en cuanto a los encargados), sus declaraciones hayan de ser puestas en italiano: en verdad, el nombramiento del intérprete o del traductor (arts. 122 y 123; *supra*, n. 120) *puede, no debe* ser hecho por el juez, al cual, por tanto, le está permitido, si conoce la lengua extranjera de la declaración, omitir ese nombramiento; al proveer a tal nombramiento, el juez procederá no sólo teniendo en cuenta sus conocimientos lingüísticos, sino también los de las otras personas, a las que el contenido de la declaración deba hacerse conocer.

336. FORMA DE LAS DECLARACIONES DE PARTE [10].

El proceso es todo un tejido de declaraciones, que la parte hace al juez: *instancias* (*supra*, n. 301), *demandas* (mismo lugar), *alegaciones* (*supra*, n. 304), *aseveraciones* (mismo lugar). Toda esta materia está dominada por el principio de la libertad de forma (art. 121; *supra*, n. 319) en el sentido y con los límites ahora aclarados.

a) *En cuanto al objeto, éste está siempre regulado por la ley en el sentido de que debe ser tal que corresponda a la noción que la misma ley da de la declaración mediante el nombre que le asigna*; cuando, por ejemplo, se dice que la demanda al pretor o al conciliador debe contener "la indicación del objeto" (art. 313[1]), lo que sea el objeto está implícito en la noción misma de la demanda relativa al proceso de cognición: *efecto jurídico que la parte actora considera que debe ser declarado o constituido por el juez para la tutela de su interés en litis* (*supra*, n. 10).

b) *Hay casos en los que la ley prescribe que la decla-*

[10] CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 363; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 358; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 540; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 430.

ración, además del objeto, contenga también los motivos (*supra,* n. 334); tal es la regla para las declaraciones indicadas en el art. 125[1]; el ejemplo más conocido de declaración de parte motivada es la *demanda* (*supra,* n. 301), tanto en el proceso de cognición (art. 163[2], ns. 4 y 5) como en el proceso de ejecución (art. 480[1 y 2]) de manera que para promover uno u otro proceso no basta que una parte indique el efecto jurídico a declarar o a constituir para la tutela de su interés, sino que es necesario que indique las razones de ello y, de ordinario, también las pruebas. Que una declaración de parte sea motivada, puede prescribirse no tanto por la ley como por el juez: por ejemplo, cuando el juez instructor en el proceso de cognición (*infra,* n. 415) o bien el juez de la ejecución en el proceso de expropiación (*infra,* n. 675), pide a las partes la razón de una instancia, tiende a obtener que ésta sea motivada si no lo era ya, o más amplia o claramente motivada de lo que era; también el interrogatorio no formal de la parte (art. 117; *infra,* n. 441) puede servir para obtener la exposición de motivos en torno a declaraciones ya hechas por la parte misma o por el defensor.

Se puede agregar que, independientemente de una norma de la ley, la exigencia de la exposición de los motivos en apoyo de la conclusión responde, especialmente en lo que se refiere a las declaraciones procesales de las partes, en cuanto tienden a persuadir al juez, a una regla de experiencia tan imperiosa que los cuidados de la ley y del juez tienden más bien a frenar que a estimular, sobre este tema, su actividad (cfr. art. 127[2]).

c) La creación de la declaración, esto es, la construcción de la fórmula, contempla no sólo la lengua (*supra,* n. 335) sino también el medio *oral* o *escrito* para la formulación de las palabras. La elección entre estos dos medios está determinada por reglas de experiencia, las cuales tienen en cuenta los méritos y los defectos del uno y del otro; sobre tales reglas se fundan las normas, que regulan bajo este aspecto la forma de las declaraciones de parte; puesto que al juez le es indispensable adquirir el pleno conocimiento del pensamiento de la parte, para el buen fin del proceso, la téc-

nica procesal tiende a eliminar los defectos de cada uno de los medios combinándolos juntos, como de la exposición del procedimiento resultará con más claridad.

Reglas comunes a todas las declaraciones de parte en torno a la elección del medio oral o escrito, no existen; veremos que respecto de algunas declaraciones está prescrita la *oralidad,* y en cuanto a otras la escritura; aquí entra en juego, naturalmente, la distinción técnica de los actos de parte (*supra,* n. 300) en cuanto su diversa función reclama en medida mayor o menor el empleo de la oralidad o de la escritura; es obvio, por ejemplo, que bajo este aspecto ha de ser diverso el régimen formal de una *disposición* (ejemplo, *procura* o *elección de domicilio*), de una *instancia* o de una *alegación.* A propósito de estas últimas, debe observarse que el mecanismo de la instrucción, ya sea en el proceso de cognición, ya sea en el proceso de ejecución, había sido ideado con el propósito de obtener un amplio empleo de la oralidad, pero como la verificación de esta buena intención depende ante todo de la buena voluntad de los jueces y de los defensores y también de las condiciones de tiempo y de lugar en que puede desarrollarse la labor de ellos, ha ocurrido que en la práctica, un poco por razones superiores a la buena voluntad de éstos y un poco por defecto de ella, la oralidad ha sido dominada por la escritura y que, desgraciadamente, en lugar de reaccionar a la degeneración sufrida por la ley, ésta, como veremos, ha sido reformada de manera que de la oralidad no queda sino una enunciación programática, ni seria ni sincera (*infra,* n. 415).

En cuanto la ley prescribe que las instancias o las alegaciones de las partes se hagan por escrito y así mediante el documento, se dan a éste, según la tradición, varios nombres que el nuevo código ha conservado: *citación, recurso, escrito, contrarrecurso, precepto,* nombres que indican tanto el documento como la declaración documentada; el significado de alguno de ellos se aclarará más adelante, en la exposición del procedimiento; en este lugar es oportuno una indicación en torno al *recurso* y al *escrito.*

Recurso se llama de ordinario a la *instancia cuando se*

hace por escrito (ejemplo, art. 486), esto es, al *escrito que contiene una instancia*; a veces, sin embargo, esta palabra indica un tipo particular de acto introductivo del procedimiento (arts. 360, 638, 706, 712).

Escrito (de comparecencia) se llama al que *contiene la petición del demandado en el proceso de cognición* (*escrito de contestación*: art. 167; *infra*, n. 388) o bien al que *contiene las razones y las instancias de cada parte durante la sustanciación ante el juez instructor* (art. 180[1]) *o de discusión ante el colegio* (*escrito de conclusiones*, art. 190; *infra*, n. 475). Fuera de estos dos casos, a los escritos que contienen alegación de las partes, el código les da el nombre de *memorias* (ejemplo, arts. 187[4], 370[1], 375[2]).

En cuanto al documento, la norma contenida en el art. 125 se resuelve en prescribir la especie *autógrafa*; decir que una citación o un escrito debe ser firmado por la parte o por el defensor significa verdaderamente que el autor del documento debe ser el autor mismo de la declaración que está representada en él.

d) No existen, sin embargo, reglas comunes a todas las declaraciones de parte en cuanto a la *emisión* (*supra*, n. 334).

En primer lugar, existen entre ellas declaraciones *no recepticias* o *recepticias*; a la primera categoría, por ejemplo, pertenece la *procura* (*supra*, n. 302), a la segunda la *instancia* (*supra*, n. 301).

Por otra parte, la emisión, cuando está prescrita por la ley, es regulada de diversa manera, según el distinto tipo de las declaraciones. En cuanto a las declaraciones verbales, téngase presente, bajo este aspecto, el concepto de la *audiencia* (*supra*, n. 331), la cual es una *reunión del oficio judicial y de las partes dispuesta precisamente al objeto de obtener la recíproca percepción inmediata de las respectivas declaraciones* (arts. 127 y sigtes.); se verá en seguida el amplio uso que de la audiencia se ha hecho en la fase instructoria del procedimiento tanto de cognición como de ejecución. En cuanto a las declaraciones escritas se verá también cómo, según los casos, la emisión, que consiste en una entrega del documento a quien lo debe leer está dispuesta de diverso

modo: por lo general, está prescrito su *depósito en la secretaría* (ejemplo, art. 165).

2. FORMA DE LOS ACUERDOS ENTRE LAS PARTES

El acuerdo entre las partes es un tipo de acto colectivo (*supra*, n. 298), al cual la ley se refiere con frecuencia tanto respecto del proceso de cognición (ejemplo, art. 114) como respecto del proceso de ejecución (ejemplo, arts. 541, 542, 598), pero del cual, a diferencia del acto colegial, la forma no está expresamente regulada en cuanto a la combinación de los actos singulares en el acto colectivo; sin embargo, no es difícil deducir y formular los principios relativos al mismo.

De la noción del acuerdo, como tipo intermedio entre el acto colegial y el contrato se deduce que *el acuerdo exige, a diferencia del contrato* (*supra*, n. 299), *identidad de contenido entre las declaraciones singulares y además que, a diferencia del acto colegial* (*infra*, n. 343), *no es suficiente la identidad de algunas* (*mayoría*) *de ellas, mientras que el acuerdo no se forma si todas las partes, que deben participar en él, no declaran la misma cosa*; diferencia que se explica por la diversidad del móvil de las declaraciones singulares, no obstante la identidad de las causas (*supra*, n. 248). *No es necesario, por el contrario, como en los contratos, el intercambio o recíproca dirección de las declaraciones entre las partes, que concurren al acto colectivo*, a fin de procurar a cada una el conocimiento de las declaraciones de las otras, porque en el acuerdo, las declaraciones singulares están yuxtapuestas pero no son interdependientes, de manera que cada parte declara, independientemente de la otra (en el contrato las partes *hablan entre sí*, en el acuerdo *cada una habla con un tercero*, y tanto es así que el acuerdo se concibe a veces por la ley como una *concorde instancia de las partes* al juez; ejemplos, arts. 114, 296); esto no quita para que si una de las partes conoce la previa declaración de la otra, su declaración pueda ser hecha en forma de aceptación de una propuesta (ejemplo, art. 306 en cuanto a la *renuncia a los actos del juicio*; *infra*, n. 512); pero no se trata de verdadera acep-

tación, al menos en el sentido contractual, y tanto es así que si la declaración de aceptar la separación del actor se hiciese por el demandado o el juez sin conocimiento del separado, para la eventualidad de que se haga, y así las dos declaraciones fuesen independientes, el acuerdo, sin embargo, se formaría.

La identidad del contenido de las declaraciones singulares se refiere naturalmente más bien a la idea que a la fórmula; aun cuando las declaraciones estén compuestas por palabras diversas, siempre que tengan el mismo significado, esto no perjudica para la formación del acuerdo. Tal diversidad es normal en todos los casos, en los que una de las dos declaraciones sea concebida *per relationem* respecto de la otra, esto es, que se refiera al contenido de la otra; así ocurre si una de las dos declaraciones se formula como aceptación de la otra.

Tanto menos se exige para las declaraciones singulares la identidad del modo, el cual puede ser tan diverso que alguna de ellas consista, en lugar de en un acto *comisivo*, en un acto *omisivo* (*supra*, n. 287): son verdaderos y propios acuerdos, aun cuando escapen a la atención por razón del carácter comisivo o negativo de alguno de los actos singulares que concurren en el acto colectivo, aquellos que se forman cuando la ley deduce determinados efectos procesales de la declaración de una parte combinada con el silencio de la otra: así ocurre en materia de competencia electiva (art. 38[3]; *supra*, n. 158) o de reconocimiento de documento privado (art. 215; *infra*, n. 456).

338. FORMA DE LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ ([11]).

Entre las declaraciones del oficio judicial, son objeto de una regulación formal genérica contenida en el primer libro

([11]) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 350; REDENTI, *Profili*, pág. 354; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 210; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 436; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 437; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 167; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 359; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 513; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 366; CARNELUTTI, *Omessa sottoscrizione della sentenza*, en *Rivista di dir. proc.*, 1954, II, pág. 113.

del código las *providencias* del juez (arts. 131 y sigtes.); no habiendo sabido todavía tener en cuenta estrictamente, como se dirá, la clasificación de los actos según la técnica procesal (*supra*, n. 300) y así la distinción entre *órdenes* (*supra*, n. 303) e *inyunciones* (*supra*, n. 311), el legislador las reúne, en la rúbrica de la sección tercera del primer capítulo del título sexto bajo la voz *providencias* (*supra*, n. 290). En cuanto a la regulación de tales actos desde el punto de vista de la forma, el nuevo código ha conservado los tres tipos ya constituidos por el código anterior: *sentencia, decreto* y *ordenanza*, manteniendo poco más o menos su misma estructura y variando, en cambio, en cuanto a su empleo, pero no tan a fondo como habría debido hacerse a fin de que la estructura responda a la función.

En el orden técnico, el problema de la forma de las providencias del juez se plantea así: son necesarios en cuanto a ellas tres tipos formales que van descendiendo del tipo complejo al simple; el más complejo (*sentencia*) debe ser adoptado para las inyunciones del proceso de cognición (*decisiones*; *supra*, n. 311), contencioso y definitivo; el tipo intermedio (*decreto*) para las decisiones, menos importantes, en materia cautelar o voluntaria y para las inyunciones del proceso ejecutivo; el tipo más simple (*ordenanza*), para las *órdenes* (*supra*, n. 203) pronunciadas en cualquier tipo de proceso. El viejo código, formado cuando la ciencia no había enseñado todavía a la técnica del proceso la diferencia entre órdenes e inyunciones, empleaba estos tres tipos confusamente; su defecto más grave, en este tema, consistía en dar a las órdenes pronunciadas en desacuerdo de las partes la misma forma de las decisiones (*sentencia*). Este defecto ha sido casi enteramente reparado en el código nuevo; pero otros defectos menores subsisten en él, que la ciencia del proceso había puesto de relieve menos atentamente; si hoy, en cuanto concierne a la distinción entre *ordenanza* y *sentencia*, la mecánica procesal está casi enteramente rectificada, están todavía mal sistematizadas las relaciones entre *ordenanza* y *decreto* y el defecto es tan grave que envuelve la estructura misma de este último, el cual, mientras debería

ser un tipo menos complejo que la sentencia pero menos simple que la ordenanza, y como tal aplicarse a la especie menos importante de la inyunción, está construido según el código como el tipo más simple de los tres y se emplea de un modo casi promiscuo con la ordenanza, sin ningún conocimiento preciso de las exigencias de función, según las cuales deben ser formalmente regulados los actos.

339. SENTENCIA.

La mayor complejidad de la sentencia en comparación con los otros dos tipos, se manifiesta tanto por el contenido como por el modo.

La sentencia debe contener: *a*) la indicación "del juez que la ha pronunciado" (*rectius*, "que la pronuncia"; art. 132², n. 1), la cual se resuelve en la indicación del *oficial* o de los *oficiales* (jueces) y del *oficio* judicial a que pertenecen, con mención de que ha sido pronunciada en la República italiana "en nombre del pueblo italiano" (art. 132¹, modificado por el D.L. de 19 de junio de 1946, n. 78); *b*) la indicación *de las demandas* y más exactamente *de las partes, de los defensores o del ministerio público,* que las han formulado (art. 132², n. 2), *y de sus conclusiones* (art. 132² n. 3); *c*) la exposición *"del desarrollo del proceso"* (art. 132² n. 4); *d*) *"de los motivos en hecho y en derecho de la decisión"* (mismo precepto; cfr. art. 118¹, ², ³, disp. apl.); *e*) finalmente la determinación de la *relación jurídica declarada o constituida entre las partes mediante la decisión misma* ("parte dispositiva"; art. 132², n. 5; cfr. art. 119⁴, disp. apl.).

En cuanto al modo, la sentencia se forma por medio de *escrito* que lleva la *fecha* en que ha tenido lugar la deliberación (*infra,* n. 343) y la *firma de los jueces* que han participado en ella (art. 132², n. 5; cfr. art. 119³, disp. apl.); el contenido de la firma y de la fecha está regulado por el principio de la *libertad de forma* (*supra,* n. 329), de manera que, en particular, sólo podrá considerarse que falta la firma cuando del signo puesto al pie del documento no se pueda deducir que esté nominalmente denotado el juez indicado en

la cabecera del propio documento; si alguno de los jueces no puede firmar por muerte o por otro impedimento, es suficiente la firma de los otros componentes del colegio, siempre que antes de ella se mencione el impedimento; en cuanto al laudo (así se llama la decisión) de los árbitros es suficiente la firma de tantos árbitros cuantos constituyan la mayoría del colegio, siempre que "se haga constar que ha sido deliberado en conferencia personal de todos, con la expresa declaración de que los demás no han querido o no han podido suscribirlo" (art. 823[3]); tales normas se refieren exclusivamente a la sentencia pronunciada por el colegio (*supra*, n. 119; *infra*, n. 343).

Después de haber sido creada así, la sentencia se emite "mediante depósito en la secretaría del juez que la ha pronunciado" (art. 133[1]); la fórmula de la ley no habla de *emisión* sino de *publicación* ("se hace pública") porque siendo la sentencia una declaración dirigida al público sirve precisamente para poner al público en situación de conocerla, lo que ocurre mediante el depósito en la secretaría del oficio judicial. La publicación se documenta mediante un certificado puesto por el secretario al pie del documento de la sentencia misma, con la fecha del depósito y la firma del secretario.

340. ORDENANZA.

El contenido de la ordenanza no se describe más que parcialmente por el art. 134[1] en cuanto la ley prescribe que la misma sea "sucintamente motivada". Al no disponer la ley otra cosa respecto del contenido, vale también en cuanto a éste el principio del art. 121; las ordenanzas deben contener, por tanto, cuanto las haga idóneas "para que alcancen su finalidad"; se comprende así que deben *indicar al menos el oficio y el juez que las pronuncia y el objeto de la orden que aquél imparte.*

También la ordenanza se forma por escrito, pero el modo de la documentación es diverso del establecido para la sentencia; mientras el documento de esta última es siempre un es-

crito autógrafo, esto es, extendido por el juez o por cuenta de él, y firmado por él, la ordenanza se forma según esta regla sólo cuando no sea pronunciada en audiencia; en tal caso, el escrito puede extenderse al pie del acta de la audiencia o en hoja separada y debe comprender la fecha así como la firma del juez, que la ha pronunciado, o tratándose de ordenanza del juez colegiado, del presidente del colegio; cuando, por el contrario, la ordenanza se pronuncia en audiencia "se la incluye en el acta", esto es, es documentada mediante el acto; también ésta debe considerarse, sin embargo, un documento constitutivo (*supra*, n. 309), de manera que una ordenanza eventualmente inserta en el acta debería estar afectada por vicio de forma.

La emisión de la ordenanza pronunciada en audiencia tiene lugar con el mismo pronunciamiento, esto es, con la declaración que el juez hace dictando al secretario o con la lectura que éste haga de lo que ha escrito; la ordenanza pronunciada fuera de la audiencia se emite de ordinario mediante la comunicación, que el secretario hace de ella a las partes (*infra*, n. 346); por el contrario, si la ley prescribe su notificación, la emisión tiene lugar por medio de ésta (art. 134[2]).

341. DECRETO.

También en cuanto al decreto el art. 135, de redacción poco feliz, no da más que una prescripción relativa al contenido, y además negativa: a diferencia de la sentencia y de la propia ordenanza, *de ordinario no es necesaria la motivación*. Si se hubiese tenido presente la función de la providencia, a la que se ajusta la forma del decreto, la norma habría sido diversa: si hay una providencia a la cual pueda faltar la motivación, ésta, por su naturaleza, es la ordenanza, no el decreto; en efecto, cuando la ley admite el decreto no motivado (ejemplos, arts. 80[2], 82[2], 168 *bis* [1], 706[2], 713[2]) la providencia debería ser una ordenanza; viceversa, en la mayor parte de los casos, en los que el decreto está verdaderamente en su puesto, en derogación a la regla del art. 135, se prescribe

la motivación (ejemplos, arts. 640[3], 641[1], 672[4]); en algunos casos análogos, en los cuales no existe la prescripción de los motivos (arts. 689, 702), el decreto no motivado constituye una verdadera anomalía y se puede asegurar que, en la práctica, los motivos no faltarán nunca.

También la formación del decreto es escrita (art. 135[2 y 3]); el escrito ha de extenderse al pie del de la instancia, o bien en el acta, si la instancia no es escrita; teniendo en cuenta la hipótesis de que sea pronunciado sin instancia de parte (art. 135[1]) se debe admitir también un escrito autónomo. El escrito debe llevar la fecha y la firma del juez; si éste es colegiado, del presidente del colegio.

No habiendo nada prescrito en cuanto a la emisión, la misma puede hacerse libremente según la experiencia (art. 121; *supra*, n. 329); si el decreto se escribe al pie del recurso (escrito), consistirá por lo general en la entrega a la parte que insta; en otro caso, en el depósito de su texto en secretaría.

342. EMPLEO DE LA SENTENCIA, DE LA ORDENANZA O DEL DECRETO.

Cuando la providencia deba tener una u otra forma, según el principio del código, *deberá establecerse para cada caso* (art. 131[1]); si la prescripción falta "las providencias se dan en cualquier forma idónea para alcanzar su finalidad" (art. 131[2]); esto quiere decir que no está prescrita la aplicación analógica al caso no previsto de las normas en torno a la distinción entre los tres tipos formales de la providencia, si bien tal aplicación debe naturalmente ser aconsejada.

Son eliminados con esta última norma elástica, en gran parte, los inconvenientes, que podrían derivar de algunas normas, las cuales asignan a la providencia una forma diversa de aquella que debería corresponder a su función; sin embargo, en una eventual reforma del código, éste es uno de los temas que con mayor cuidado se debería realizar. Según la distribución de los tipos, tal como está hecha actualmente, hay ciertamente normas que parecen hechas para desorientar a los prácticos: ya el empleo de la sentencia para la

providencia que resuelve solamente una cuestión prejudicial de orden (por ejemplo, de competencia; *supra,* n. 13) no sólo en el sentido de pronunciamiento negativo (*infra,* n. 481), caso en el cual esto puede ser aconsejado por la oportunidad de admitir contra la providencia las impugnaciones que se pueden proponer contra la decisión, sino también en el del pronunciamiento positivo (y así, cuando, por ejemplo, el juez declara su competencia; cfr. art. 279[2], n. 4) deja más de una duda. Más grave aún es que la forma del decreto se prescriba no sólo, exactamente, en cuanto a algunas típicas inyunciones del proceso ejecutivo (ejemplos, arts. 574[1] y 586[1]), sino además para providencias tales que tienen de igual manera típicamente la sustancia de la orden (*supra,* n. 303) comenzando por aquella que nombra al juez instructor (art. 168 *bis*[1]) o que permite a la parte estar en juicio por sí (art. 82[2]), mientras, a la inversa, la forma de la ordenanza se asigna a providencias que no agotan su eficacia en el proceso, como es, por ejemplo, la providencia que admite un "medio de prueba" en sede preventiva (art. 695) o la que regula las relaciones entre los cónyuges estando pendiente el proceso de separación (art. 708[3]); algunas veces el parentesco de dos providencias, cuya función es análoga y, sin embargo, a una se le asigna forma de ordenanza y a otra de decreto (cfr. el art. 641 en cuanto al decreto de inyunción, y el art. 663 en cuanto a la ordenanza de desalojo; el art. 672 en cuanto al decreto de secuestro y los arts. 695 y 696 en cuanto a la ordenanza de instrucción preventiva; los arts. 612 y 613 en tema de ejecución forzada), no puede dejar de producir un sentimiento de viva sorpresa. Históricamente, tales diferencias se explican por la presencia o por la ausencia del contradictorio (cfr., en particular, los arts. 689 y 690), pero éste es el residuo del viejo modo de pensar, según el cual el contradictorio y la contradicción eran los caracteres relevantes para la forma de la providencia más bien que la función de ésta; superado este modo de pensar en cuanto a las relaciones entre ordenanza y sentencia, se debía hacer otro tanto respecto de aquellas entre ordenanza y decreto; que el nuevo legislador no lo haya logrado todavía, constituye uno de los

temas sobre los cuales el progreso técnico ha sido retardado todavía a causa de la viscosidad de los antiguos errores.

[illegible] FORMA DE LAS PROVIDENCIAS COLEGIALES.

También el problema formal de las providencias colegiales es uno de los que, en una racional construcción del código, deberían encontrar solución en su parte general; en efecto, si no están previstas declaraciones colegiales diversas de las providencias del juez, de manera que una extensión del problema más allá de los límites de la providencia no tendría razón de ser, es cierto, en cambio, que las providencias colegiales se dan más allá de los límites de la decisión del proceso de cognición; hay ciertamente decretos colegiales (ejemplos, arts. 732, 747) y también ordenanzas que el colegio forma en sede diversa de la del pronunciamiento en el proceso de cognición (*infra,* n. 478), de manera que entre las normas del libro primero relativas a la forma de las providencias del juez, se habrían debido colocar también aquellas que contemplan la forma cuando la providencia es acordada por el colegio; tales normas, en cambio, se encuentran en el libro segundo, relativo al proceso de cognición ante el tribunal (art. 276) y están integradas y extendidas al proceso de apelación y de casación por los arts. 131 y 141 disp. apl.; puesto que directamente no se refieren más que a las providencias (sentencias y ordenanzas) formadas por el colegio en sede de pronunciamiento en el proceso de cognición, a las providencias colegiales pronunciadas en sede diversa se les deben aplicar por analogía.

A diferencia de lo que se vio en cuanto al acuerdo (*supra,* n. 337), la declaración colegial está regulada por el *principio de la mayoría* (art. 276[3]); la ley no dice, pero ciertamente debe entenderse mayoría *absoluta,* no *relativa,* de donde resulta que es necesario que el número de las declaraciones singulares concordes supere el número de todas las declaraciones singulares diversas, aun cuando éstas no sean concordes entre sí; el principio de la mayoría absoluta se deduce, como se verá en seguida, de las normas dictadas en torno a la deli-

beración (art. 276⁴). *La declaración colegial no es, por tanto, necesario que se forme por tantas declaraciones idénticas cuantos son los jueces del colegio, sino que es suficiente que se forme de tantas declaraciones idénticas cuantas son necesarias a fin de que la suma de las declaraciones discordes sea inferior a la mitad de los jueces que componen el colegio* (dos para el colegio del tribunal; tres para el de la corte de apelación; cuatro para el de la corte de casación; ocho para la corte de casación en secciones reunidas; *supra,* n. 119).

A fin de procurar la identidad de tal número de declaraciones, está regulado el modo de la declaración colegial en la fase de la *deliberación* (*infra,* n. 349), y a este respecto reflexiónese que cuando se trata de declaración singular o simple, el proceso deliberativo es puramente interior o, en general, aun cuando se manifieste en el campo exterior no está regulado por el derecho (por ejemplo, el pretor, antes de emitir una orden o una decisión, valora en sí mismo el pro y el contra o incluso forma proyectos de declaración, que después abandona o cambia; pero todo esto, aun cuando se traduce en algo exterior, está confiado a su libre experiencia): cuando, por el contrario, la declaración es colegial, la deliberación está regulada por el derecho en sus dos fases de la *discusión* y de la *votación.*

La *discusión,* debiendo servir para la valoración de las razones de la providencia, se resuelve en la *manifestación de la opinión de cada uno de los jueces,* ya que tal valoración no podría hacerse sin que *cada juez manifieste su opinión en la asamblea del colegio* (*supra,* n. 331); la necesidad de la discusión, no expresamente enunciada por la ley, se deduce aunque no sea más que de la norma que prevé una multiplicidad de soluciones de una misma cuestión (art. 276⁴), multiplicidad que no puede manifestarse de otra manera que a través de las opiniones expresadas por los jueces; por lo demás, la misma es una condición del principio de la mayoría, en tanto que pudiendo bastar para la formación del acto colegial la declaración concorde de un número de jueces inferior al número total del colegio en cuanto cada uno de ellos sea puesto en situación de expresar la opinión propia y de

conocer la ajena. No hay duda, por tanto, de que corresponde a cada juez del colegio no sólo el poder de declarar la opinión propia, sino además el deber de hacerla conocer antes de la votación, a fin de que en la formación de la declaración colegial sobre las opiniones de cada uno puedan reaccionar útilmente las opiniones ajenas. La opinión se manifiesta naturalmente *en torno a cada cuestión* (*supra*, n. 13) como proyecto de su solución (argumento *ex* art. 276[4]); a fin de regular la discusión, *las cuestiones son formuladas por el presidente* (art. 276[2]); no se excluye el que la discusión pueda hacerse también sobre la proposición de las cuestiones y sobre su orden, pero en torno a éste no podría seguir votación porque la ley defiere el correspondiente poder al presidente, no al colegio (art. 276[2]); reflexionando que de este modo el contenido de la deliberación y, por tanto, de la providencia colegial, puede depender ampliamente de la voluntad de su presidente, se puede dudar de la conveniencia de la norma que sustrae tal materia a la votación.

La *votación* consiste en la *expresión no ya de la opinión sino de la deliberación de cada juez para la solución de cada cuestión* planteada por el presidente; a tal fin, cada uno de los jueces debe declarar la solución que quiere dar a la cuestión propuesta; esta declaración es su *voto*. La votación se hace después de agotada la discusión; el momento en que la discusión debe declararse agotada, se establece por el presidente, al que corresponde la dirección de la asamblea de los jueces (argumento *ex* art. 127[2]). La votación es *manifiesta* y por eso consiste en la declaración que cada juez hace del propio voto a presencia de los otros; el principio del voto manifiesto no está expresamente estatuido por la ley, pero se deduce de la conveniencia de la forma al objeto (*supra*, n. 329) al deber cada juez asumir la responsabilidad de su voto. En primer término vota el relator (*supra*, n. 119), seguidamente los otros miembros del colegio "por orden inverso de antigüedad" y por último el presidente (art. 131[2], 141[2], disp. apl., aplicables por analogía al juicio ante el tribunal).

Si con la votación sobre cada cuestión formulada por el

presidente se forma la mayoría, no hay nada más que hacer; pero puede ocurrir que la mayoría no se forme, en cuanto no exista un número suficiente de jueces, que vote una misma solución; en tal caso, la votación se hace para la elección entre una pareja de las soluciones resultantes de la votación anterior a fin de excluir una de ellas; después, todavía, sobre una pareja formada por la solución no excluida y por una de las otras y así sucesivamente hasta que las soluciones se reduzcan a dos, de las cuales predomina la que recoge la mayoría de los votos (art. 276[4]). Tal mecanismo implica para cada juez la obligación de dar su voto para la elección entre las dos soluciones propuestas, aun cuando ninguna de ellas responda a su juicio.

Tanto la discusión como la votación se hacen en asamblea secreta (art. 276[1]), *en la cual participan solamente los jueces que han asistido a la discusión*; en el procedimiento de casación (*infra,* n. 603) interviene en cámara de consejo el ministerio público (art. 380[1]); esta norma excepcional no puede extenderse a los otros casos en los que el proceso se desarrolla con la presencia del ministerio público (*supra,* ns. 198 y sigtes.). Cuando hayan asistido a la discusión más jueces que aquellos que son necesarios para formar el colegio (*supra,* n. 119), el presidente, antes del inicio de la deliberación, debe designar a los jueces que forman el colegio deliberante, en defecto de lo cual se aplica el art. 114[2], disp. apl.; verdaderamente, si la designación de los jueces fuese posterior, la declaración colegial se formaría con la intervención de jueces extraños al colegio.

Con la clausura de la votación se agota la formación colegial de la declaración, pero no la forma de ésta, para la cual es necesaria la redacción de la fórmula de la declaración y la escritura; esta otra fase de la formación del acto no tiene lugar, sin embargo, colegialmente sino por obra singular de alguno o de cada uno de los jueces: la *parte dispositiva* (*supra,* ns. 10 y 339) *se formula por el presidente* (art. 276[5]); *la motivación* (cuando es necesaria; *supra,* ns. 339 y sigtes.) *por un juez, el cual es de ordinario el relator, pero puede ser el presidente mismo u otro juez del colegio desig-*

tizadas. Otras son reguladas en relación a los procedimientos singulares: tales son la *exhibición* (*supra*, n. 305), la *inspección* (*supra*, n. 307), la *aprehensión* (*supra*, n. 306).

345 FORMA DE LA DOCUMENTACION.

Se admite actualmente en el proceso tanto la formación de documentos *indirectos* como *directos*; son documentos directos (*supra*, n. 166) aquellos que consisten en una reproducción inmediata de la realidad (ejemplo, fotografía) en lugar de en una reproducción de ella mediata por el hombre (ejemplo, escritura); de documentación directa habla la ley a propósito de la *inspección personal o real* (art. 261[1 y 2]; *infra*, n. 465) bajo la especie fotográfica o cinematográfica; en cuanto sea necesario, se podrá recurrir ciertamente, por analogía, también a la reproducción mediante fonografía.

Tanto el contenido como el modo de la documentación directa están gobernados por el principio de la libertad de la forma (art. 121; *supra*, n. 329).

En cuanto a la documentación indirecta, si se trata de documentación diversa de la escritura (ejemplo, reproducciones con diseños realizados de acuerdo con el art. 261), vale todavía el principio de la libertad de forma. Prescripciones legales se encuentran, en cambio, en torno a la forma de los escritos procesales.

Por lo que concierne al contenido, conviene distinguir según que el documento sea *declarativo* o *no declarativo* (*supra*, n. 309), y, en la primera hipótesis, según que sea *autógrafo* o *heterógrafo* (mismo lugar). Tratándose de documentos autógrafos, naturalmente, el contenido del documento coincide con el de la declaración; así sucede que, con frecuencia, en las fórmulas de la ley no se distingue entre el uno y el otro (ejemplo, art. 132). En cuanto a los documentos heterógrafos y en cuanto a los documentos no declarativos, son frecuentes las prescripciones de contenido; véase, por ejemplo, la norma en torno al contenido del *proceso verbal* (*acta*), que prescribe la descripción de los hechos con todos los caracteres de modo, de lugar y de tiempo (art. 126),

nado por él (art. 276[5]; art. 118[4], disp. apl.); de la parte dispositiva se forma, inmediatamente de cerrada la votación, un documento provisional, que es escrito y firmado por el presidente (artículos citados); también para la motivación se acostumbra formar un documento provisional (*minuta*), que después se copia por el secretario (art. 119[1], disp. apl.), el cual redacta el documento original, que se suscribe por los jueces y se deposita en secretaría (art. 119[2], disp. apl.; *supra,* ns. 339 y sigtes.); nada impediría, sin embargo, que el propio juez redactor de la motivación la escribiese directamente sobre el original, siendo tal documento autógrafo, en el sentido de que es su autor el colegio mismo de los jueces; una revisión de la motivación por parte del presidente no está prescrita, pero se deduce del principio de la correspondencia del acto o de la finalidad (art. 121; art. 119[1], disp. apl.; *supra,* n. 329); una revisión del colegio, siguiendo la iniciativa del presidente, está permitida por el art. 119[1], disp. aplicación.

§ 2. — DE LAS FORMAS DE LAS OPERACIONES PROCESALES (12)

344. REGULACIÓN FORMAL DE LAS OPERACIONES PROCESALES.

No todas las operaciones procesales son objeto de regulación formal genérica, y aun de cualquier regulación formal: por ejemplo, la custodia (de los bienes embargados; *supra,* n. 308) o el transporte (mismo número), aun cuando sean actos del proceso, se ejecutan libremente según la experiencia (art. 121). Entre ellas, sin embargo, dos tipos, que tienen para el proceso, en cualquiera de sus especies, grandísimo valor, encuentran así en el primer libro algunas reglas en torno a la forma; tales son la *documentación* (*supra,* n. 309) y la *notificación* (*supra,* n. 310); de las dos, la segunda más que la primera es objeto de reglas bien expresadas y sistema-

(12) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 177; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 363; CARNELUTTI, *Sistema,* II pág. 194; CARNELUTTI, *Lezioni sul proc. pen.*, III, pág. 93.

o la norma en torno al contenido de la *relación* (*rectius, certificado*) que el oficial judicial hace de la notificación practicada (*infra,* n. 347); donde se enumeran con detalle los objetos de la documentación (art. 148). Otras veces, el contenido del documento está previsto con una fórmula sintética, en vista de su contenido convencional o tradicional (cfr. el art. 170[4], en cuanto al certificado de comunicación del escrito, que la parte o el defensor forma al pie o al margen del original mediante la palabra *visto*), o bien que se deja a la libre experiencia del documentador (cfr. el art. 133[2], en cuanto al certificado del depósito de la sentencia en la secretaría).

Se refiere todavía al contenido del documento la prescripción de la *fecha* consistente en la *indicación de las circunstancias de tiempo o de lugar en que ha ocurrido el hecho documentado o la documentación misma.* Tal prescripción se hace por la ley en cuanto a los documentos oficiales: *sentencia* (art. 132[1], n. 5) *ordenanza* (art. 134), *decreto* (art. 135[4]), *acta* (art. 126[1]), *relación de notificación* (art. 148[1]); no en cuanto a los documentos de parte. Salvo algunos casos, en los que la ley exige expresamente la indicación tanto del tiempo como del lugar (arts. 126[1], 148[2], 823[2], n. 5), si la fecha debe consistir sólo en la primera o también en la segunda y además con qué detalle deba hacerse la una o la otra indicación, se deduce del principio de la correspondencia del acto a la finalidad (art. 121). De ordinario, la fecha se entiende como indicación del tiempo en que se ha llevado a cabo no ya la documentación sino el hecho o el acto documentado; véanse el art. 132[1], n. 5, donde para la sentencia se habla de "fecha de la deliberación" no de la firma, y el art. 126 donde con igual exactitud, se dice que "el acta debe contener la indicación... de las circunstancias del lugar y de tiempo en que se han llevado a cabo los actos que documenta".

Acerca del modo de la documentación, la ley contiene alguna prescripción solamente en cuanto a los escritos; la más importante se refiere a la *firma*; a ésta deben agregarse la norma del art. 46[1] disp. apl., relativa al "carácter claro y fácilmente legible", a la ausencia de "espacios en blanco" (*scil.,* que no existan interlineados) y de "alteraciones o ras-

pados", al modo en que deben hacerse "los agregados, supresiones o modificaciones eventuales" (cfr. en cuanto a los escritos, el art. 111[4] disp. apl.) y las normas fiscales relativas al uso del papel sellado y de las marcas de sello (*supra*, n. 236); en todo lo demás, la formación de la escritura así como la de los documentos no escritos, está gobernada por el principio de la correspondencia con el fin (art. 121), el cual regula el propio contenido de la firma, no determinado en manera alguna por la ley.

La firma, consistente en la *escritura autógrafa* (*scil.*, de puño y letra del autor del documento) *al pie del documento de palabras idóneas para identificar al autor de la documentación* (que es, pues, en cuanto a los documentos declarativos autógrafos, el propio autor de la declaración), está prescrita no sólo para los documentos oficiales (*sentencia*, art. 132[2], n. 5; *ordenanza*, art. 134[1]; *decreto*, art. 135[4]; *acta*, art. 126[2]; *relación de notificación*, art. 148[1], etc.) sino también para los documentos de parte (*citaciones, recursos, contrarrecursos, escritos, preceptos*; art. 125[1]). Cuando de tales documentos, oficiales o de parte, a los fines de la multiplicación, se forman varios ejemplares (de los cuales, con respecto a la notificación, uno se llama *original*, y los otros *copias*; *infra*, n. 347), la firma debe ponerse en cada uno de ellos (arts. 125[1], 148); norma que debe entenderse en el sentido de que la firma debe ser autógrafa respecto de cada uno de ellos.

De algunos documentos está prescrito que se formen a continuación (ejemplo, art. 135[2]) o bien al margen de otros (ejemplo, art. 91[2]).

La firma se exige a veces no sólo al autor del documento, sino también a las personas que han realizado el acto documentado (cfr. arts. 126[2], 207[2]) o algunos de los actos documentados, o han vigilado la formación del documento (art. 130[2]); en tal caso, la misma vale como aseveración de conformidad del documento a la realidad que representa.

[illegible] DE LA COMUNICACIÓN [13].

De estar al art. 136, la comunicación parece una especie simplificada de notificación, a la cual provee el secretario; de comunicación hablan, sin embargo, otras normas a propósito de los escritos o memorias de las partes (arts. 170[4], 292[2 y 3]). Tratando de poner orden en este conjunto un poco confuso, se deriva de ello que la comunicación presenta dos variedades.

a) Se llama comunicación a la *entrega que el secretario hace, o hace hacer (por medio del correo o del oficial judicial) a una persona, que debe ser avisada de un acto o hecho del proceso* (la ley dice "al ministerio público, a las partes, al consultor, a los otros auxiliares del juez y a los testigos", *de un documento que contiene una indicación sumaria del acto o del hecho mismo* (la llamada "cédula de secretaría"; arts. 136[1], 45[1 y 2], disp. apl.). Si la entrega se hace por el secretario mismo, el destinatario "libra recibo" (art. 136[2]) en la parte de la cédula (cfr. art. 45[1] disp. apl.) que sirve de original; si se hace por medio del correo, se utiliza el "pliego certificado" y el recibo postal se conserva por el secretario (art. 45[2], disp. apl.) si se hace por medio del oficial judicial, éste, aun cuando la ley no lo diga, da relación de ello al secretario en el original de la cédula (art. 45[3], disp. apl.) y entrega la copia de ella.

b) Se llama también comunicación a la *entrega de escritos o memorias* (*supra*, n. 336) *que las partes se hacen directamente entre sí* (el denominado *intercambio*) o *bien indirectamente por medio del secretario, en el cual una parte deposita la copia que ha de ser entregada a la otra*; en el primer caso la entrega se prueba mediante poner el "visto de la parte", que ha recibido la copia, en el original (art. 170[4]; *supra*, n. 345) y en el segundo mediante poner el visto en el original por parte del secretario (art. 292[2]). Los escritos o memorias pueden ser notificados, sin embargo, formal-

([13]) REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 215; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 446; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 177; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 379.

mente (art. 170[4]). La elección entre estos medios para procurar a la otra parte el conocimiento de tales actos es libre, pero puede también ser prescrito por el juez (art. 170[4]).

347. FORMA DE LA NOTIFICACION [14].

La notificación *tiene por objeto una declaración procesal* (ejemplo, citación, sentencia) *en su integridad*; esta determinación del contenido de la notificación está implícita en la prescripción de su modo documental, debiéndose entregar al destinatario un documento en el que está representada enteramente la declaración; así, si se notifica una citación o una sentencia es toda la citación o la sentencia la que se lleva a conocimiento del destinatario.

La forma de la notificación es minuciosamente regulada en cuanto al modo, bajo el doble aspecto de la *garantía del conocimiento que se ha de procurar al destinatario* y de la *prueba del cumplimiento de los actos, en que ella consiste.*

La notificación se hace, por tanto, mediante *entrega de documento de la declaración a notificar*; a los fines de la prueba de la entrega realizada, además de la entrega misma, los documentos son dos y deben ser conformes; uno de ellos, destinado a constituir la prueba de la notificación realizada, se llama *original*; el otro, destinado a la entrega, se llama *copia* (art. 137[2]); las copias deben ser tantas cuantos son los destinatarios salvo que más de uno de éstos se encuentre constituido en juicio (*infra*, n. 389) con el mismo defensor (art. 170[2]).

Quien hace la entrega es el oficial judicial (arts. 137 y sigtes.), *personalmente o por medio de un colaborador*; éste puede ser, con la debida autorización, el *empleado* (arts. 85 y 87 del texto orgánico de 28 de diciembre de 1924, n. 2271); puede ser también, salvo prohibición expresa, la *administra-*

[14] CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 359; BETTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 193; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 447; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 216; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 426; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 177; CARNELUTTI, *Lezioni sul proc. pen.*, III, pág. 104; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 381; MINOLI, *Le notificazioni*, Milano, Giuffrè, 1938.

ción postal; en tal caso, el oficial libra la copia en pliego certificado con acuse de recibo (art. 149).

La persona a la que debe hacerse la entrega, es aquella a la que el acto por notificar se quiere hacer conocer (destinatario de la notificación) o en su lugar, cuando tal persona sea una parte constituida en juicio por medio de un defensor, su defensor (art. 170[1]); sin embargo, como no siempre es posible obtener el encuentro del sujeto de la notificación, la *entrega directa* puede sustituirse por la *entrega indirecta.* Cuando se consigue la entrega directa, la notificación se dice hecha *en persona propia* o *en propias manos* (art. 138); éste es el *optimum* de la notificación por eso, al destinatario se le puede hacer la entrega en cualquier lugar, de manera que la notificación en propias manos es un acto *libre en cuanto al lugar* (*infra,* ns. 352 y sigtes.); correlativamente, donde quiera que la entrega se le ofrezca, el *destinatario tiene la carga* (*supra,* n. 220) *de recibirla*; si la rechaza, la entrega se tiene como si hubiese ocurrido (art. 138[2]).

Sin embargo, siendo la notificación en manos propias un evento tan deseable como poco probable, la ley admite la entrega *indirecta,* la cual consiste en *entregar la copia a persona que la pueda hacer llegar al destinatario, o en colocarla de modo que éste pueda venir en conocimiento de ella.* A fin de que la entrega indirecta pueda practicarse, es necesario que el oficial judicial se constituya en el ambiente donde es más probable que encuentre al propio destinatario o a otra persona a la que la copia pueda ser entregada; por eso, la notificación *en persona ajena* o *en otras manos,* a diferencia de la especie anterior, es un acto *vinculado en cuanto al lugar* (*infra,* ns. 352 y sigtes.). Naturalmente, el lugar en el que la notificación debe practicarse, es aquel en el que existe una *sede del destinatario.*

El destinatario puede tener varias sedes, tanto *reales* como *electivas*; al primero de estos temas se refiere la distinción entre el *domicilio,* la *residencia* y la *morada* (art. 43 del Cód. civ.) y también entre la *sede legal* y la *sede efectiva* de las personas jurídicas (art. 46 del mismo código); al segundo, el instituto de la *elección del domicilio* (art. 47 del

mismo código). Entre estas diversas sedes está regulada la elección, unas veces con el criterio de la *preferencia* y otras veces con el de la *concurrencia*. La residencia se prefiere al domicilio y a la morada, de manera que sólo cuando aquélla no sea conocida, la notificación puede hacerse en una de las otras sedes (art. 139[1 y 6]); del mismo modo, la morada es preferida al domicilio (art. 139[6]). El domicilio electivo es preferido a la sede real sólo cuando en el acto de elección se exprese que una notificación relativa al negocio, respecto del cual el domicilio ha sido elegido, debe hacerse en tal sede (art. 141[2]). Entre la sede real y la sede elegida fuera de tal hipótesis, la elección es libre (art. 141[1]) e igualmente entre la sede legal y la sede efectiva de las personas jurídicas; pero la notificación en el domicilio elegido no puede hacerse si es pedida por el propio domiciliatario o bien si éste ha muerto o ha sido trasladado fuera de la sede indicada en la elección o ha cesado en ella el oficio judicial (art. 141[4]). Considerando como sede electiva de la administración del Estado la oficina de la abogacía del Estado (*supra*, n. 111), tal sede es preferida a la sede real según las disposiciones de las leyes especiales a que hace referencia el art. 144[1]. En cualquier caso, cuando la notificación se hace a una parte constituida personalmente en juicio, tiene la preferencia la residencia declarada por ella o el domicilio elegido (art. 170[3]; cfr. también el art. 330[1]; *infra*, n. 532).

En la sede preferida o en una de las sedes concurrentes, *el oficial judicial debe realizar la busca de la persona a la que la notificación ha de hacerse*; para el caso de que la notificación se haga en la residencia, está prescrito que las búsquedas se realicen en la *casa habitación o donde el destinatario tiene la oficina o ejerce la industria o el comercio* (art. 139[1]), norma de la cual resulta que la residencia está tanto donde la persona habita como donde trabaja; si las investigaciones dan resultado positivo, la notificación se hace en propias manos (art. 138); puesto que el destinatario de la notificación a una persona jurídica es el administrador, en cuya competencia entra el acto a notificar, se considera como notificación en persona propia también la entrega de

la copia si puede ser practicada a él; lo mismo ocurre si, en el domicilio elegido, la entrega puede hacerse a la persona, respecto de la cual se hizo la elección, o al jefe de la oficina, si el domicilio ha sido elegido en una oficina (art. 141[3]). Si, por el contrario, las investigaciones dan resultado negativo, la entrega debe hacerse "a una persona de la familia o adscrita a la casa, a la oficina o al establecimiento, siempre que no sea menor de 14 años, o manifiestamente incapaz" (art. 139[2]); si tampoco tal entrega es posible, al portero del inmueble, donde está la casa o el establecimiento, o bien, cuando también falta el portero, a un vecino (art. 139[3]); si la notificación se hace a bordo de una nave mercante, la entrega puede hacerse al capitán o a quien haga las veces del mismo (art. 139[5]). Cuando ninguna de las personas ahora indicadas se halle en el lugar o quiera aceptar la entrega, el oficial judicial "deposita la copia en la casa consistorial del municipio donde la notificación debe practicarse, fija aviso del depósito en la puerta de la habitación o de la oficina o de la hacienda del destinatario, y le da noticia de ello por pliego certificado con acuse de recibo" (art. 140); tal notificación debe tener el contenido previsto por el art. 48 de las disposiciones de aplicación. Cuando en la sede de la persona jurídica no se encuentre ninguna persona adscrita a ella, la entrega puede hacerse en la residencia (o, si ésta no es conocida, en la morada o en el domicilio) de la persona que se indica como representante según las reglas ahora descritas (art. 145[3]). Finalmente, si el destinatario es un militar en servicio activo y la entrega no ha tenido lugar en propias manos, debe entregarse otra copia, juntamente con la nota prevista por el art. 49 de las disposiciones de aplicación, "al ministerio público, que cuida de su envío al comandante del cuerpo al que pertenece el militar" (art. 146).

Si el destinatario no tiene sede real ni electiva en el territorio del Estado pero tiene en él un procurador general o bien un procurador especial con facultad de estar en juicio para el negocio al que la notificación se refiere (art. 77), la notificación debe hacerse a dicho procurador, como en el caso de la elección de domicilio (argumento *ex* art. 142); en caso

diverso, se fija una copia en el tablón de anuncios del oficio judicial, ante el cual se procede, otra se le expide a su sede fuera del territorio italiano en pliego postal certificado, y una tercera se entrega, con la nota a que se refiere el art. 49 de las disposiciones de aplicación, al ministerio público "que cuida de su trasmisión al Ministerio de negocios extranjeros para su entrega a la persona a quien está dirigida" (art. 142).

Si no se conoce ninguna sede real ni electiva del destinatario, pero ha constituido el procurador, previsto por el art. 77, la notificación debe hacerse igualmente en la persona de éste; en caso diverso, se fija una copia en el tablón de edictos del oficio judicial, ante el cual se procede, y otra se deposita en la casa consistorial del lugar, donde el destinatario ha tenido la útil residencia, o, si ésta no se conoce, donde ha nacido; si tampoco se conoce el lugar donde el destinatario ha nacido, tal copia se entrega al ministerio público (art. 141[1 y 2]; cfr. art. 49 de las disposiciones de aplicación); en tal caso, el efecto de la notificación queda postergado al vigésimo día a contar de la realización de la fijación y de la entrega (art. 143[3]).

Los modos de la notificación así establecidos por la ley, pueden ser modificados por el juez "cuando lo aconsejen circunstancias particulares o exigencias de mayor celeridad" (art. 151). La orden respectiva, que puede ser pedida aun verbalmente (art. 121), tiene la forma de decreto y se escribe al pie del original, que debe servir para notificación (mismo artículo); es competente para pronunciarla, el jefe del oficio judicial ante el cual pende el proceso (art. 150[1]) o también el juez instructor o el juez de la ejecución, si la notificación se hace en la fase instructora del procedimiento (arts. 175[1] y 484[4]); sólo si se refiere a la notificación por edictos públicos (art. 150), la orden se debe pedir por escrito (recurso) "extendido al pie del acto" a notificar (art. 50[1] de las disposiciones de aplicación) y pronunciado, previo el dictamen del ministerio público que se hará constar a continuación del recurso (art. 50[2] de las mismas disposiciones), y en todo caso por el jefe del oficio judicial ante el cual se procede, o, si se procede ante la pretura, por el presidente del tribunal, del

que la pretura depende (art. 150[1]). La modificación debe ser sugerida al juez por el interés, ya sea de la celeridad o de la seguridad del proceso; como en esta segunda hipótesis puede ocurrir que la parte, que pide la notificación, no se sienta estimulada a provocar la orden, está previsto que ésta pueda pronunciarse también de oficio (art. 151). Para la mayor seguridad de la notificación, el juez puede, por ejemplo, ordenar que sean entregadas otras copias a personas determinadas, o depositadas en lugares determinados, o también que la notificación no tenga efecto sino después de transcurrido un cierto término a contar de la entrega.

Para la mayor celeridad, la ley misma prevé dos modos de notificación anormales, que son la *notificación por telegrama* o bien *por edictos públicos*. Respecto de la notificación telegráfica, la ley misma dispone que debe hacerse siempre "por medio del telegrama colacionado con acuse de recibo" (art. 151); establecido este modo, si el contenido del telegrama debe ser la declaración entera que se notifica, o un resumen de ella, es cosa que depende de la orden del juez. La notificación por edictos públicos, se practica cuando el número considerable de los destinatarios o la dificultad de su identificación, hacen particularmente gravosa la notificación en los modos ordinarios (art. 150[1]) y queda excluida de todas maneras si el proceso se desarrolla ante el conciliador (art. 150[5]); la simplificación está en que se omite la entrega de la copia a algunos de los destinatarios; el juez debe ordenar a cuáles de los destinatarios, según las reglas conocidas, ha de ser entregada, y en qué modo debe llevarse a conocimiento de los otros la declaración a notificar (art. 150[2]); en cualquier caso, debe depositarse una copia en la casa consistorial del lugar donde tiene su sede el oficio judicial que conoce del proceso, y un resumen de la declaración debe publicarse en la *Gaceta Oficial* y en la *Hoja de anuncios judiciales de la Provincia*, donde residen los destinatarios conocidos (se entiende, a los cuales no se haya hecho la notificación en los modos ordinarios) o donde se presume que resida la mayoría de los destinatarios no identificados (art. 150[3]); la notificación no tiene efecto sino desde el momento

en que el oficial judicial deposita en la secretaría del oficio judicial, ante el cual se procede, "una copia del acto, con la relación y los documentos justificativos de la actividad desarrollada" (*rectius*, de los que resulten las publicaciones practicadas; art. 150[4]; cfr. art. 51 de las disp. de aplicación).

A los fines de la prueba del cumplimiento de los actos, en que la notificación consiste, *el oficial, que procede a ellos, debe escribir la relación en la cual en todo caso debe indicar las circunstancias relevantes para el juicio en torno a su eficacia*; tales son, entre otras, según la ley, aquellas que se refieren "a la persona a quien se entrega la copia y sus cualidades, así, el lugar de la entrega, o bien las investigaciones, incluso en el censo de población, hechas por el oficial judicial, los motivos de no haberse hecho la entrega y las noticias recogidas acerca de la imposibilidad de encontrar al destinatario" (art. 148[2]); la relación debe indicar la fecha del cumplimiento de tales actos (con la indicación de la hora, si es pedida por una de las partes; art. 47, disp. de aplic.); y ser firmada por el oficial judicial tanto en el original, que se entrega a la parte o al oficial, por quien la notificación ha sido pedida (art. 137[1]), como sobre la copia que se entrega al destinatario (art. 148[1]).

348. FORMA DE LA ADMINISTRACION.

También con respecto a los actos procesales de administración (*supra*, n. 308) la forma es con frecuencia obligada, pero puesto que las normas respectivas se refieren a cada una de las especies de ellos, se hablará a medida que aparezcan en la descripción del procedimiento (*infra*, ns. 381 y sigtes.).

Una indicación de carácter general merecen, sin embargo, en cuanto a la forma, la *custodia de los documentos* y el *registro de los actos del proceso*.

Se entiende, en sentido amplio, por *custodia de los documentos* todo lo que se refiere al modo de presentarlos, de ordenarlos y de conservarlos. A tal fin, está prescrita para cada proceso la formación de los *fascículos*. Los fascículos

se dividen en *fascículos de parte* y *fascículos de oficio* (arts. 165[1], 166[1], 168[2]); los primeros contienen los *documentos provenientes de cada parte,* los cuales se distinguen, según el modo de expresarse corrientemente, en *actos* (documentos de que resultan las demandas, las instancias, las alegaciones hechas por cada parte o respecto de cada parte, y las providencias, notificadas a cada parte; así se rectifica la fórmula incorrecta del art. 74[2] de las disp. de aplic.) y *documentos stricto sensu* (*pruebas reales*, que pueden ser insertas en el fascículo o unidas al mismo; *supra,* n. 166); en el segundo, se insertan los *documentos formados por el oficio,* aun cuando estén acumulados con documentos (actos) presentados por las partes (ejemplo, arts. 77[1], 79[3], 86[2], 89[2], 96, 111[2], de las disp. de aplic.) y las copias de los documentos conteniendo las instancias y las alegaciones de las partes (art. 168[2]), a las cuales se impone la carga de proporcionar tales copias (art. 73, disp. aplic.).

El modo de tales fascículos está regulado respectivamente por los arts. 72[1 y 2], y 74[1, 2 y 4] disp. de aplicación. Tanto el fascículo de oficio como los fascículos de parte, son custodiados por el secretario "en carpeta única" (art. 72[1], disp. de aplic.), a cuyo fin la ley prescribe el depósito de los fascículos de parte (*infra,* n. 389); el juez puede permitir a cada parte el temporal "retiro" (*rectius,* restitución), pero en tal caso deben ser depositados de nuevo tan pronto como el juez lo ordene (art. 169[1]; por ejemplo, a fin de que sean comunicados al ministerio público, cfr. art. 77, disp. aplic.); además, cada parte tiene la facultad de retirar su fascículo "en el acto de la remisión de la causa al colegio" (art. 169[2]) con la obligación de restituirlo "en el momento del depósito del escrito de conclusiones" (*infra,* ns. 468 y sigtes.); en todo caso, el secretario debe permitir a cada parte, en cuanto esté constituida en juicio, la inspección tanto del fascículo propio como del otro y del fascículo de oficio, y además debe librar copia de los documentos contenidos en ellos (art. 76, de las disp. de aplic.); además de ellos, puede pedir comunicación (*scil.,* entrega temporal a los fines de inspección) el ministerio público (art. 1, disp. aplic.).

La multiplicidad de los procesos que se desarrollan en cada oficio judicial, de los actos practicados en cada uno de ellos y de los documentos formados para representarlos, exige que de tales actos, por grupos o categorías, se haga una documentación de conjunto, idónea para mantener el orden entre ellos. A esta exigencia se refiere la formación de los *registros* y de los *fascículos de secretaría,* minuciosamente regulada por los arts. 28 a 37 de las disposiciones de aplicación. También los actos inherentes a tal formación son actos del proceso en cuanto sirven para representar en el conjunto lo que se hace en cada proceso, y por eso para que resulte posible la conservación y la identificación de todo cuanto se refiere a ellos.

SECCION V. — DE LA INTENCION DE LOS ACTOS PROCESALES (15)

349. INTENCION DEL ACTO PROCESAL

En cuanto al elemento psicológico del acto procesal, a diferencia de lo que he hecho a propósito del elemento físico (*supra,* n. 327), creo oportuno abandonar la terminología tradicional, sustituyendo la voz "intención" a la voz "voluntad"; lo hago así, ya sea porque en este campo es más grave el perjuicio que el uso de la palabra "voluntad" (aun cuando arraigadísima en el uso) puede producir para la claridad de las ideas, ya sea porque, mientras el código habla con frecuencia de la forma de los actos, calla, por el contrario, respecto de la voluntad. Esto no significa que el elemento psicológico no esté regulado; pero las fórmulas que, al menos parcialmente, lo regulan, están formadas sin mucho cuidado, con palabras diversas.

A fin de comprender las graves razones de este cambio de lenguaje, conviene que el alumno se informe en cuanto a

(15) CARNELUTTI, *Sistema,* II, pág. 362; REDENTI, *Profili,* pág. 543; BETTI, *Diritto processuale,* pág. 291; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.,* I, pág. 396; ROCCO, *Corso di teoria e pratica,* pág. 536; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale,* III, pág. 68; CARNELUTTI, *Teoria generale,* pág. 251.

la teoría general; y hasta es interesante que profundice, yendo todavía más allá; quiero decir, recurriendo no tanto a la teoría general del derecho cuanto a la que yo quiero llamar teoría general de la realidad; solamente así, poco a poco, podrá él persuadirse de lo incorrecta que es (aunque esté muy difundida) la costumbre de denotar como *voluntad* aquel elemento psicológico del acto, cuya naturaleza se aclara, en cambio, en el *juicio*; sólo porque este elemento implica no uno sino dos juicios, que se combinan en él, en lugar de juicio es oportuno denominarlo *intención*.

La intención se resuelve, decíamos, en dos juicios: un juicio *histórico*, al que se da el nombre de *previsión*, y un juicio *crítico* al que se llama *deliberación*. Estos dos conceptos constituyen el fundamento de una serie de figuras, que ciertamente el alumno ha encontrado ya y que se refieren todas al elemento psicológico del acto: *error, engaño, culpa, dolo* o *mala fe, buena fe*.

Bastan estas indicaciones para que el alumno, hojeando el código, encuentre en él numerosas normas, donde concurren estos conceptos: del *error del juez* se hace referencia a propósito de la revocación, que veremos que es un tipo de impugnación contra la sentencia (*infra*, ns. 613 y sigtes.; art. 395, n. 4); allí se habla también de *dolo del juez* o *de la parte*; de los conceptos del *dolo* o de la *culpa* se encuentra también huella a propósito de la responsabilidad del juez (art. 55[1], n. 1; *supra*, n. 193), del consultor (art. 64[2]; *supra*, n. 194), del custodio (art. 67[2]; loc. que se acaba de citar), del ministerio público (art. 74; *supra*, n. 202), de la parte (art. 96; *supra*, n. 240).

De la sistematización de tales normas se infiere que las mismas contemplan tanto uno como otro aspecto de la intención: el error del juez, considerado como motivo de revocación (art. 395, n. 4) y también aquel otro error (denominado *de derecho*), que la ley formula como "violación de normas" para hacer de él un motivo de casación (art. 360, ns. 2 y 3; *infra*, n. 577), se encuadra netamente en el juicio histórico, mientras el dolo del juez o de la parte previsto por el mismo art. 395, ns. 1 y 6, igualmente de una manera clara concierne

el juicio crítico. Puesto que, como se aclarará mejor en seguida, estos modos de ser de la intención reaccionan de cierta manera sobre los efectos jurídicos del acto, esto implica que la intención misma no sea solamente un carácter del acto, sino que se convierta en requisito en cuanto la ley le atribuye relevancia jurídica.

Pero el trato que la ley procesal da a este requisito, parece notablemente diverso de aquel que se refiere a los actos jurídicos materiales; mientras, por ejemplo, el error del que actúa, cuando sea esencial, ocasiona la anulabilidad del negocio jurídico (arts. 1428 y sigtes. del Cód. civil), nadie piensa que el error del juez, aun cuando sea esencial, produzca sobre la sentencia el mismo efecto. Pero, en verdad, no tanto se verifica en el campo procesal una menor relevancia del elemento psicológico del acto cuanto sobre la ineficacia del acto consiguiente al vicio (*infra,* n. 361) reaccionan los dos institutos del *procedimiento* y del *remedio* (*supra,* n. 279; *infra,* ns. 365, 518): el procedimiento determina que la cuestión de la validez de un acto se transfiera sobre el acto posterior hasta el acto último y conclusivo (no importa, por ejemplo, que una instancia sea nula si es válida o se convalida la providencia que ha servido para provocar); el remedio, a su vez, coopera la convalidación de actos y especialmente de aquellos en que se confluye el procedimiento, no obstante el defecto de algunos requisitos.

Aun cuando el acto procesal en este segundo elemento (intención) no esté más que incompletamente regulado, no se debe creer que, en los casos o en cuanto a los aspectos no regulados, el mismo sea indiferente; por el contrario, el problema se encuadra en las líneas del instituto de la integración de las normas jurídicas y más precisamente de la analogía, según el cual el caso no previsto debe ser regulado con los principios que se derivan de otras normas. Por esta vía es del todo fácil y hasta obvia la conclusión de que la falta o mejor la pobreza de las normas de la ley en torno a la intención de los actos procesales, no se resuelve en absoluto en la irrelevancia de tal requisito, sino que da lugar a la aplicación analógica de las normas, que se refieren a la intención

de los actos materiales, tal como están contenidos en el Código civil. No sería, pues, cierto que una instancia viciada por error obstativo no sea nula sino que es verdad más bien que su nulidad no cuenta si es válida o convalidada la providencia solicitada: y no vale tampoco negar que la providencia pronunciada por el juez, por ejemplo, en estado de sonambulismo, carezca de un requisito esencial, sino que lo cierto es que a través de la impugnación, aquella providencia es eliminada o, si no es eliminada, por virtud de algo, que conoceremos mejor dentro de poco, el vicio es sanado.

SECCION VI. — DE LA CAUSA DE LOS ACTOS PROCESALES [16]

356. CAUSA DEL ACTO PROCESAL.

Reflexiones análogas a aquellas que se han señalado en el punto anterior a propósito de la intención, se deben hacer en cuanto al requisito teleológico de los actos procesales. Y también de este otro elemento del acto, el alumno, que quiera profundizar el estudio, pedirá la noción a la teoría general del derecho y, más allá, a la teoría general de la realidad; de ella aprenderá, entre otras cosas, que su denominación más exacta sea la de *fin* y cómo y por qué, en la colaboración de la teoría civilística del contrato, y después del negocio, se haya usado, en cambio, la palabra *causa,* la cual aquí, a los fines de la teoría particular del proceso civil, se continúa empleando por razones análogas a las ya expuestas sobre el tema de la forma (*supra,* n. 327). De la teoría general se aprende además que la relevancia jurídica de la causa se verifica en cuanto la causa sea *existente* o *inexistente* o bien en cuanto sea *adecuada* o *inadecuada* (a la forma) o, finalmente, en cuanto sea *idónea* o *inidónea* (para la producción del efecto jurídico): bajo el primer aspecto, se

[16] CARNELUTTI, *Sistema,* II, pág. 394; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.,* I, pág. 403; ROCCO, *Corso di teoria e pratica,* I, pág. 537; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale,* III, pág. 64; CARNELUTTI, *Teoria generale,* pág. 241.

habla, por ejemplo, de nulidad del acto *sine causa*; bajo el segundo, de nulidad del acto *simulado*; bajo el último, de nulidad del acto determinada por *violencia* o por *causa ilícita*.

Nadie puede dudar que, lo mismo que la intención, así también la causa es un requisito de los actos procesales; entre otras cosas, cuando en el código se lee que "para proponer una demanda o para oponerse a la misma, es necesario tener interés en ella" (art. 100), esta fórmula no se resuelve en otra cosa sino en la afirmación de la naturaleza causal de aquel acto procesal, que es la demanda, de donde resulta que si el juez no puede pronunciar sobre una demanda desprovista de interés, esto es, tal que no le proponga la composición de una litis o la administración de un negocio (*supra*, ns. 4 y sigtes., 18 y sigtes.) esto no se explica de otra manera sino con la nulidad de la demanda misma por defecto de un requisito, cuya esencialidad deriva del fin del proceso; igualmente, si todos están de acuerdo en que el juez no podría decidir una litis, que haya sido transigida entre las partes, esto no puede encontrar su razón más que en la falta de la *causa iudicandi* dado que la litis no tiene ya necesidad de composición. Existen y son sutilmente discutidos también en el campo del proceso los problemas de acto simulado y del acto indirecto así como de la violencia o de la causa ilícita, los cuales no contemplan todos ellos otro requisito que el requisito causal.

Sin embargo, una regulación específica de los actos procesales *sub specie* de la causa se encuentra en el código todavía menos que *sub specie* de la intención. Todo se reduce a alguna rara norma; incluso fuera de la citada antes, del artículo 100, que atribuye naturaleza causal a la demanda, no sabría encontrar otra. También a propósito de la causa de los actos procesales se plantea, por tanto, el problema de su regulación mediante la analogía de las normas estatuidas para los actos materiales, y desemboca en el mismo resultado que ya se ha visto en cuanto a la intención (*supra*, n. 349).

Pero también a propósito de la causa, lo mismo que de la intención, el vicio de la causa inexistente, de la causa inadecuada, de la causa inidónea, tiene en último análisis efectos

profundamente diversos de los que se observan respecto de los actos jurídicos materiales, por virtud de los dos institutos del *procedimiento* y del *remedio*; así, aun cuando la demanda viciada por violencia o por causa ilícita sea nula por vicio causal, si en torno a ella ha sido pronunciada una sentencia y ha pasado en cosa juzgada, el vicio, aun cuando existente, ha perdido toda relevancia.

351. INTERÉS EN OBRAR [17].

La norma más importante, sobre el tema de la causa de los actos procesales, es aquella, recordada en el número anterior, del art. 100, según la cual "para proponer una demanda o para oponerse a la misma, es necesario tener interés en ella". Traducida a términos científicos, tal norma atribuye a los actos procesales de parte carácter *causal* más bien que *formal*; causales se llaman los actos jurídicos cuando no tanto deben tener una causa (actos sin causa alguna no son posibles) cuanto deben tener una causa *determinada*.

Basta esta observación de carácter sistemático para excluir todo fundamento a la opinión según la cual la norma estatuida por el art. 100 sería superflua; tiene tan poco de superflua que de ella deriva la ineficacia de un acto del proceso, si no está sustentado por el interés en obrar. Distinta es la cuestión de si tal norma es conveniente; pero tampoco la conveniencia puede ser seriamente negada si se quiere garantizar al proceso la función de componer o de prevenir las litis.

En verdad, la *necessitas* de una causa determinada, no se infiere de la fórmula vaga, por no decir vacía, del art. 100; en él, en efecto, en cuanto se habla genéricamente de interés en el acto, en el cual se resuelve el accionar o el oponerse, no se define cuál sea el interés requerido; si, por ejemplo,

[17] CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 166; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, págs. 117, 123, 133, 137, 145 y 162; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 101; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 264; LUGO, *Manuale*, pág. 18; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 278; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1955; SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, en *Rivista di dir. proc.*, 1948, I, 132.

alguno demanda en juicio antes del vencimiento de la deuda a su deudor, que no discute su existencia, no se puede negar que él tenga un interés en hacer eso (si no lo tuviese no accionaría) sino solamente que no tiene aquel interés que la ley pone como requisito de la demanda. La interpretación de la fórmula aquí examinada, actualmente secular (el art. 100 está copiado del primer apartado del art. 36 del código de 1865), ha establecido firmemente que el interés, del que aquí se habla, debe estar constituido por aquello de que *sin el proceso la tutela que el ordenamiento jurídico ofrece al interés del actuante no sería plenamente eficaz.*

Emerge de esta definición que el *interés en obrar* no es absolutamente lo mismo que el *interés comprometido en la litis o en el negocio, sino un interés secundario* respecto del mismo: precisamente el interés en la tutela judicial del interés *primario*; el interés en litis se refiere a la relación jurídica material, *sobre la cual* el juez debe decidir; el interés en obrar se refiere, en cambio, a la relación jurídica procesal, *por la cual*, el juez debe decidir. La confusión fácil entre este y aquel interés ha impedido por largo tiempo distinguir entre *interés y legitimación* para obrar de la parte (*supra*, n. 323); todavía hoy no tiene nada de raro oir definir por los prácticos una excepción de falta de legitimación en los términos del defecto de interés en obrar o viceversa. La verdad es que si quien acciona no es sujeto del interés en litis, es la legitimación lo que le falta, no el interés para obrar; el interés para obrar es, en otros términos, un requisito más, que la ley exige, fuera de la legitimación; precisamente la *pertenencia* del interés en litis constituye un *presupuesto* mientras que la *existencia* del interés en obrar es un *elemento* del acto procesal. Y como el presupuesto tiene prioridad lógica sobre el elemento del acto de las dos cuestiones, referentes a la legitimación o al interés en obrar, debe reconocerse a aquélla carácter preliminar; en otros términos, la cuestión del interés en obrar puede plantearse solamente frente a quien ya posee la legitimación.

Que el interés en obrar consista en una situación respecto de la cual sin el proceso la tutela concedida por el orde-

namiento jurídico a un interés no sería plena, es una fórmula que comprende todas las especies de proceso, contencioso o voluntario, de cognición o de ejecución, definitivo o cautelar y, más especialmente, todas las variedades del proceso de cognición, dispositivo, de declaración de certeza o de condena. Sus aplicaciones más delicadas se refieren al proceso (de cognición) de mera declaración de certeza; la razón por la cual esta forma de tutela procesal en sede de cognición es históricamente más reciente que las otras, está precisamente en que respecto de ella la búsqueda del interés en obrar se hace más sutil; en realidad, al admitir que el proceso de cognición opere simplemente para eliminar la falta de certeza en torno a una relación jurídica, aun cuando no se haya lamentado todavía la violación de ella, la función del proceso ha llegado a su límite. Precisamente por eso la elaboración científica del proceso de mera declaración de certeza ha aportado contribuciones decisivas a la noción del interés en obrar.

En la práctica y con frecuencia en la doctrina, la norma del art. 100 se refiere de modo particular a las demandas del actor o del demandado, con las cuales se inicia el proceso (contenidas, por eso, en la citación o en el escrito de contestación); pero, ya sea por su alcance literal, ya sea por su contenido racional, la misma se extiende a cualquier acto de parte; entre otras cosas, cualquier instancia, en sede de primer juicio o de impugnación, en línea de mérito como en línea de orden, carece de eficacia y por eso, en particular, no hace actual la obligación del juez si lo que se le pide no es necesario a fin de que un interés de quien la propone consiga la plenitud de la tutela jurídica.

En orden a la opuesta posición de las partes (*supra*, n. 107), según que el acto provenga del actor o del demandado y tienda, por tanto, a la ofensa o a la defensa, se habla de interés *en obrar* o *en contradecir*; pero fuera de la diferencia ahora señalada, la distinción no expresa ninguna otra.

SECCION VII. — DEL LUGAR DE LOS ACTOS PROCESALES (18)

352. SEDE LOCAL DEL ACTO.

El concepto de la sede (entendida como una posición del acto, de donde resulta su vinculación con el resto del mundo o de la historia) se desdobla, según la distinción entre lugar y tiempo, en los de *sede local* y *sede temporal*; más sencillamente, se habla de *lugar* y de *tiempo del acto*.

Si no es indiferente que los actos procesales se realicen en un lugar más bien que en otro, se da respecto de ellos relevancia jurídica al lugar; en tal caso, los actos procesales se pueden llamar *a lugar vinculado*.

La relevancia jurídica del lugar puede ser establecida bajo dos diversos aspectos: en cuanto se refiere a la *ubicación* del lugar o bien en cuanto se refiere a su *sistematización*; en este segundo caso se trata del *ambiente* del acto, en el primer caso se trata de su *circunscripción:* son, por ejemplo, prescripciones de lugar tanto aquella, según la cual el laudo de los árbitros debe ser pronunciado en el territorio del Estado (art. 824), como la otra, en virtud de la cual los testigos deben ser interrogados separadamente (art. 251[1]); pero es claro que pertenece a las dos diversas categorías.

353. CIRCUNSCRIPCION LOCAL DE LOS ACTOS.

Hay actos procesales que deben ser cumplidos en una cierta circunscripción, esto es, en una determinada porción de ese complejo espacial que llamamos el mundo; con respecto al estado actual de nuestra experiencia, se puede decir también en una determinada porción de la tierra.

La circunscripción del acto puede ser determinada tanto *directamente* como *indirectamente*.

Un ejemplo de determinación directa se tiene en aquel

(18) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 332; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 450; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 375; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, pág. 540; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 181; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, pág. 409; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 114; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 309.

art. 824 según el cual las sentencias de los árbitros deben ser pronunciadas en el territorio del Estado.

Más frecuente es la determinación indirecta, de la cual el ejemplar más conspicuo se contempla en las normas que regulan, bajo el aspecto del lugar, la notificación (*supra*, n. 347); al decir que la entrega del documento al destinatario debe ocurrir en el lugar donde tiene su sede, la ley determina la sede del acto mediante la referencia a la sede de una persona, y hace coincidir así la circunscripción, en la que el acto debe cumplirse, con la circunscripción en la que está fijada la residencia, la morada o el domicilio; aquí debe meditarse de manera particular sobre la norma del art. 139, donde la circunscripción está precisada "en la casa habitación o donde (el destinatario) tenga la oficina o ejerza la industria o el comercio" y, por tanto, se resuelve en el concepto de edificio. Otros actos con circunscripción vinculada mediante determinación indirecta son el embargo de los muebles practicado con el deudor (art. 513; *infra*, ns. 720 y sigtes.) o la inyunción para el libramiento de cosas muebles o inmuebles (art. 606; *infra*, n. 800).

354. AMBIENTE DE LOS ACTOS [19].

La importancia del ambiente en que se cumplen los actos procesales, se debe a la conveniencia de hacer reunirse allí las personas, cuyo concurso o cuya asistencia son necesarios u oportunos para su cumplimiento, y hacer encontrar allí las cosas (instrumentos) de que tal cumplimiento tiene necesidad. El conjunto de tal ambiente constituye un edificio, llamado *palacio de justicia*, a cuya construcción y equipamiento se debería proveer mediante la observancia de reglas técnicas vinculadas con la función y la estructura del proceso.

Con respecto a su cumplimiento dentro o fuera del palacio de justicia, los actos procesales pueden clasificarse en *internos* y *externos:* un ejemplo de acto externo es normalmente la *notificación* (*supra*, n. 347) o la *inspección de lu-*

[19] SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 182; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 372.

gares (*infra*, n. 465); un ejemplo de acto interno, la *discusión* (oral), que hacen las partes (*infra*, n. 476), o la *deliberación de la sentencia*, que hace el colegio de los jueces (*supra*, n. 343). Hay actos normalmente internos, los cuales por razones particulares pueden cumplirse a veces fuera del palacio de justicia: cfr. los arts. 255[2] (*infra*, ns. 451 y sigtes.), 715 (*infra*, n. 921) y el art. 67[2] de las disp. de aplicación.

La prescripción del carácter interno del acto no se hace nunca respecto del entero palacio de justicia, sino de aquellas reparticiones suyas, que son, por ejemplo, la *sala de audiencia*, la *cámara de consejo* o la *secretaría*; puesto que "la audiencia en que se discute la causa es pública" (art. 128[1]), la discusión debe hacerse en una sala, a la cual pueda tener acceso el público, pero en modo tal que no perturbe su desenvolvimiento; de la deliberación de la sentencia colegial, que se hace en secreto, se dice que debe tener lugar en otra sala, llamada "cámara de consejo" (art. 276[1]); de la secretaría como lugar y precisamente como parte del palacio de justicia, en la cual deben cumplirse determinados actos, hablan por lo menos las normas que prescriben que en la secretaría sean depositados documentos u otras cosas (ejemplo, arts. 165, 166).

No debe excluirse que hasta respecto de los actos externos se establezca el ambiente, si no por una disposición de la ley, al menos por una orden del juez: por ejemplo, la venta de los muebles embargados (*infra*, n. 699), puede deber hacerse, por orden del juez, en el lugar del mercado o en otro establecimiento particularmente idóneo (art. 534[1]).

SECCION VIII. — DEL TIEMPO DE LOS ACTOS PROCESALES (20)

355. SEDE TEMPORAL DEL ACTO.

La sede temporal de los actos procesales, a su vez, como la sede local, puede ser establecida de dos modos: en el sen-

(20) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 332; CARNELUTTI, *Sistema*, pág. 428; REDENTI, *Profili*, pág. 555; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 224;

tido de que un acto deba tener lugar en una determinada *circunscripción temporal*, esto es, en determinadas horas del día o en determinados días de la semana, del mes, del año; o bien que deba tener lugar a una determinada *distancia de tiempo* respecto de uno o varios otros actos.

La primera de tales prescripciones tiende a *favorecer o a impedir la coincidencia de determinados actos*, de modo que puedan o no puedan realizarse juntamente: por ejemplo, la discusión debe hacerse en una determinada hora de un determinado día, a fin de que puedan asistir a ella y participar en ella las personas que la deben hacer o escuchar.

La segunda tiende a *regular el procedimiento haciendo más lenta o acelerando la sucesión de los actos que lo constituyen:* por ejemplo, una cierta distancia está establecida entre la notificación de la citación y la audiencia de comparecencia (*infra*, n. 390) a fin de que el demandado tenga tiempo necesario para prepararse para ello: el procedimiento está regulado, por tanto, no sólo como *orden de actos* sino, además, como *distantia temporis* entre uno y otro acto.

356. CIRCUNSCRIPCION TEMPORAL DE LOS ACTOS PROCESALES.

La circunscripción temporal de los actos procesales puede regularse en sentido *absoluto* o *relativo*.

La circunscripción temporal es absoluta cuando el *acto debe cumplirse en un período determinado del tiempo*; por antonomasia se habla en tal caso de *día del acto*. Naturalmente, la fijación del día del acto depende de la orden del juez (*supra*, n. 303) no de una norma de la ley; puesto que, por ejemplo, ésta estatuye que "cuando disponga medios de prueba el juez instructor, si no puede practicarlos en la misma audiencia, establece el *tiempo*... de su práctica" (artículo 202), aunque sin excluir que pueda hacerse también *sub specie* del término, la prescripción temporal normalmente se

JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 373; SATTA, *Guida pratica*, pág. 236; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 409; ROCCO, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 540; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 111; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 311; ANDRIOLI, *Commento*, I, pág. 407.

refiere a la fijación del *día*; de fijación del *día* habla correctamente la ley en cuanto a la venta en pública subasta de los bienes embargados (arts. 534, 576[1], n. 3). Si el acto debe cumplirse en audiencia (*supra*, n. 331) la fijación del día se resuelve, abreviadamente, en la *fijación de la audiencia* (artículo 175[2]). También la potestad de fijar el día puede ser vinculada (*supra*, n. 191) cuando existen normas que limitan los días en que el acto puede cumplirse: véanse, en cuanto a la fijación de la audiencia, los arts. 54, 55, 80, 113, 128, de las disp. de aplicación. Si en el día fijado para el acto no puede cumplirse o no puede agotarse, la fijación del nuevo día toma el nombre de *reenvío* o de *aplazamiento* (art. 180; art. 82, disp. aplic.).

La circunscripción temporal está fijada de un modo relativo cuando no tanto se quiere que el *acto se cumpla en un determinado día, cuanto que no se cumpla durante ciertos períodos, los cuales pueden ser o no ser concurrentes.* Pertenecen a esta especie de prescripción temporal las normas que prohiben que las notificaciones (art. 147) o el embargo de los muebles practicado con el deudor (art. 519), se lleven a cabo en horas nocturnas o, más exactamente, en las horas que se determinan. Del art. 66 de las disp. de aplicación, donde se dice que "los conciliadores pueden... llevar a cabo los actos de su competencia *aun en los días festivos*", resultaría *a contrariis* la existencia de una prohibición del cumplimiento de los actos mismos en tales días a los otros jueces; pero ni el código ni las disposiciones de aplicación lo contienen.

357. DISTANCIA TEMPORAL DE LOS ACTOS PROCESALES: TÉRMINOS ([21]).

La distancia entre un acto y otro del procedimiento, que se llama *término* puede ser fijada por la ley o también por el juez, si la ley lo permite (art. 152; cfr. arts. 175[2] y 289).

Según la función, los términos se distinguen en *dilatorios* y *aceleratorios*; los primeros establecen la *distancia máxima*,

([21]) SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 182; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 374; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 112; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 312; COSTA, *Termini*, en *Nuovo digesto italiano.*

los segundos, la *distancia mínima* entre dos actos; por eso, éstos sirven para hacer más lento y aquéllos para acelerar el curso del procedimiento. Cuando el cumplimiento de un acto a la distancia prescrita se encuentra establecido bajo pena de nulidad del acto (*infra*, n. 361), el término de la una y de la otra especie se dice que es *perentorio* (art. 153).

Desde el punto de vista de la estructura, el término está constituido por un *cierto número de unidades de tiempo determinadas según el calendario* (*horas, días, meses, años*). El término tiene, pues, un punto de partida y un punto de llegada; punto de partida es el *día o más exactamente el momento del tiempo, en que se ha cumplido o se debe cumplir el acto, por el cual debe ser medida la distancia*; tal día constituye el *extremo fijo del término* (por ejemplo, el día de la notificación de la sentencia, a partir de la cual corre el término para la impugnación, según el art. 326, es su extremo fijo; y así el día de la subasta inmobiliaria, respecto del cual corre el término para el cumplimiento de las formas de publicidad, según el art. 576[1], n. 4). Si el extremo fijo coincide con un acto ya cumplido, a partir del cual el término corre hacia adelante, se dice *extremo inicial* (*dies a quo*; tal es el caso previsto por el art. 326); si coincide, en cambio, con un acto todavía por cumplir, desde el día del cual el término corre hacia atrás, se dice *extremo final* (*dies ad quem*; tal es el caso previsto por el art. 576[1], n. 4). El término se computa, esto es, el extremo libre se determina contando el número prescrito de unidades de tiempo a partir del extremo fijo; con la última de tales unidades de tiempo coincide el extremo libre, o sea, que el término se cumple; tal última unidad de tiempo se llama *vencimiento del término*. Si el término se encuentra establecido en un cierto número de días u horas, el día o la hora que constituyen el extremo fijo (*dies a quo* o *dies ad quem*) no se cuenta (art. 155[1]); la misma regla se observa si está establecida una unidad de tiempo mayor (meses o años) puesto que la fórmula "para el cómputo de los términos por meses o por años, se observa el calendario común" (art. 155[2]) no dice, independientemente de lo que pueda haber creido el legislador, nada en contrario, no

proveyendo en absoluto el calendario a dirimir la duda de si el *dies a quo* o *el dies ad quem* deban o no numerarse en la cuenta sino solamente para indicar el número de días, que componen cada mes y cada año, de manera que no hay ni puede haber obstáculo a la aplicación analógica del primer apartado, a cualquier término. A tal regla, la ley puede derogar estatuyendo que en el término se cuente también el último día o, en general, la última unidad de tiempo; en tal caso, se habla de término *libre* (ejemplo, art. 190[1 y 2]). También los días festivos se numeran en la cuenta (art. 155[3]).

En orden a exigencias del caso singular, en virtud de las cuales la distancia entre dos actos deba ser mayor o menor de la originariamente fijada por la ley o por el juez, la misma puede ser alargada o acortada; en el primer caso, se habla de *prórroga* (del *término aceleratorio*), en el segundo de *abreviación* (del *término dilatorio*). Solamente los términos no perentorios pueden ser abreviados o prorrogados (artículo 153) por orden del juez; puesto que, no siendo el término perentorio, su vencimiento no excluye el cumplimiento del acto, la prórroga puede pedirse aun después de ese vencimiento; la duración de la prueba no puede ser superior al término originario; una prórroga sucesiva a la primera no puede ser establecida sino "por motivos particularmente graves y mediante providencia motivada" (art. 154).

Cuando en vista de circunstancias particulares, por las cuales en el curso del término se inserte un período no útil para el cumplimiento del acto, tal período (suma de unidades del tiempo) es sustraido al cómputo del término, se dice que el término sufre una *suspensión;* cuando, por el contrario, en orden a tales circunstancias, la parte de término transcurrida no es considerada y el término vuelve a correr desde un nuevo *dies a quo,* el término sufre una *interrupción*; la diferencia práctica entre suspensión e interrupción está, pues, en que, cesado el impedimento, *el término suspendido continúa en cuanto a la parte que resta* (por el número de unidades de tiempo no transcurridas todavía en el momento del inicio de la suspensión), mientras que *el término interrumpido continúa en cuanto a su duración entera.* De las dos especies de

alteración del término, la nueva ley prefiere la segunda (cfr. arts. 298, 481; en particular en cuanto a una aplicación de la diferencia entre suspensión e interrupción, art. 820[1]); por eso, cuando la fórmula es dudosa (cfr. art. 43[3]), el intérprete hará bien en admitir la interrupción.

358. ORDEN DE LOS ACTOS PROCESALES.

También el orden de los actos, esto es, el sucederse de ellos en el tiempo, se refiere a su regulación temporal; en cuanto la ley dispone que un acto se cumpla antes o después que otro, regula su tiempo de manera implícita. Tal orden resulta en cuanto a los actos de un mismo proceso, de la estructura del procedimiento, en cuanto la concatenación lógica determina su sucesión cronológica.

Pero existen también normas que prescriben el orden de los actos en relación a procesos diversos: suponiendo que, por razones de conveniencia, las audiencias relativas a varios procesos se celebren en el mismo día (de donde resulta que en el lenguaje corriente *toma también el nombre de audiencia el período conjunto en el que están comprendidas diversas audiencias*), es oportuno establecer el orden en que deban llevarse a cabo las audiencias de los diversos procesos (cfr. arts. 61, 83, 116[1] de las disp. de aplicación).

SECCION IX. — DE LA CONDICION DE LOS ACTOS PROCESALES (22)

359. CONDICION DEL ACTO.

El concepto de la condición del acto jurídico es, al mismo tiempo, uno de los más antiguos y uno de los más nuevos en nuestra ciencia; antiguo en la intuición primera, que contempla la *condición incierta voluntaria* (art. 1353 del Cód. civ.); nuevo en la reconstrucción racional, a la cual ha llegado sólo

(22) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 457; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 313; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 118; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, Athenaeum, 1918; CARNELUTTI, *Studi*, I, pág. 295.

últimamente y con fatiga la teoría general, tanto que sobre este tema la primera edición de este libro se ha debido modificar. La condición se coordina a la sede del acto no sólo como circunstancia *específica* a la circunstancia *genérica*, sino también como circunstancia *futura* a la circunstancia *presente*; mientras la sede se refiere a la vinculación del acto con la *existencia*, o sea con *lo que ya existe*, la condición se refiere, en cambio, a su vinculación con lo que *podrá existir*, o sea con la *posibilidad*. El alumno aprenderá, por tanto, de la teoría general, que la condición puede ser *cierta* o *incierta* y, por otra parte, *voluntaria* o *legal*; que la condición cierta se suele llamar, por lo general, *término* (art. 1184 del Cód. civ.), mientras que se ignoran sus relaciones con la condición incierta; que, del mismo modo y por la misma razón, la condición legal (la llamada *condicio iuris*) se suele llamar condición *impropia*.

Contrariamente a lo que de ordinario se cree, este último requisito del acto presenta una notable frecuencia en el campo del proceso, de manera que debería ser objeto de estudio mucho más atento de lo que lo haya sido hasta ahora; una observación diligente de los fenómenos procesales conduciría a recoger una abundante cosecha de ejemplares pertenecientes a las diversas categorías.

La más rica entre esas categorías es la de la *condición legal* en el sentido de que con frecuencia la ley subordina la eficacia de un acto procesal a la verificación de un hecho, el cual, mientras el acto se cumple, está todavía en el reino de la pura posibilidad. Entra en juego a este propósito el instituto del *procedimiento*, dominado, al mismo tiempo, por los principios de la causalidad y de la finalidad, en virtud de los cuales la eficacia de un acto presente no sólo puede estar subordinada a un hecho pasado sino, también, a un hecho futuro. Cuando, por ejemplo, la ley dice que "las sentencias y las otras providencias de la autoridad judicial... para que valga como título para la ejecución forzada, deben estar provistas de la fórmula ejecutiva", establece la "expedición del título en forma ejecutiva" (art. 475; *supra*, n. 176) como condición de la eficacia ejecutiva de ellas (*supra*, n. 177).

Esta es una condición cuya verificación eficaz es independiente del tiempo; por lo general, la condición legal está, en cambio, combinada con el término aceleratorio en el sentido de que para la eficacia del acto condicionado, el acto o el hecho condicionante ha de verificarse dentro de un cierto término, del cual el acto condicionado constituye el *dies a quo* (*supra*, n. 357); en este sentido, la notificación del escrito de separación conyugal y de la respectiva ordenanza dentro del término fijado por el presidente es una condición (de eficacia) del escrito mismo (art. 709); la notificación del decreto de secuestro (pronunciado *inaudita altera parte*) con citación de la otra parte en el término prescrito por la ley, es una condición (de eficacia) del decreto (art. 680) e igualmente ocurre con la notificación del decreto de inyunción (artículo 644); el cumplimiento de un acto sucesivo de ejecución dentro de los noventa días es condición del precepto (artículo 481), de igual manera que la proposición dentro de los noventa días de la instancia de asignación o de venta del bien embargado es condición del embargo (art. 497).

Un ejemplo de condición establecida por el juez se encuentra en la norma relativa a la caución en garantía de la responsabilidad del actor (art. 98) o bien de la parte que procede a la ejecución forzada a base de la sentencia provisoriamente ejecutiva (art. 282), puesto que la ley la regula en el sentido de que debe ser prestada dentro de un término establecido por el juez que la prescribe (art. 119), en defecto de lo cual en el primer caso "el proceso se extingue" (artículo 98[2]), esto es, la demanda introductiva pierde su eficacia, y en el segundo falta la eficacia del título ejecutivo.

Finalmente, un ejemplo de condición establecida por la parte misma, que realiza el acto, se tiene en la *instancia o demanda condicionada*, con la cual la parte pide que el oficio provea en cuanto se verifique o no se verifique un hecho posterior; que, si la condición falta, el juez no tanto no deba, cuanto no pueda, proveer, es cosa que se explica precisamente porque en tal caso la demanda o la instancia es ineficaz. La especie más común de instancia o de demanda condicionada es la de la instancia o demanda *subordinada*, cuya efi-

cacia depende de la condición de que no sea acogida la demanda principal; por eso, juzga sin demanda, violando el principio establecido por el art. 112, el juez que estatuya en torno a una demanda subordinada, sin haber rechazado antes la demanda principal. Pero hay actos de parte que no pueden ser sometidos a condición voluntaria (cfr. el art. 306[1] en cuanto a la renuncia de los actos del juicio; *infra*, n. 512).

Capítulo Segundo

DE LOS VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES ([23])

360. PERFECCION E IMPERFECCION, EFICACIA E INEFICACIA DEL ACTO.

Cuando el acto jurídico, en particular el acto procesal, está provisto de todos sus requisitos, se dice que es *perfecto*. A la perfección del acto, en la que se expresa la presencia de todos sus requisitos, se opone su *imperfección*, la cual se resuelve, recíprocamente, en la ausencia de alguno de sus requisitos, esto es, en la presencia de algún vicio (*supra*, n. 314).

De la perfección del acto deriva su eficacia. De la imperpección del acto puede derivar su ineficacia. La perfección es concepto estático; la eficacia es concepto dinámico; la primera se refiere al ser del acto, la segunda a su operar. El acto es eficaz o ineficaz según que produzca o no produzca efectos jurídicos.

En cuanto no todos los requisitos lleguen a existir simultáneamente, la existencia de algunos en espera de la existen-

([23]) Chiovenda, *Istituzioni*, II, págs. 269 y 330; Carnelutti, *Sistema*, II, pág. 48; Redenti, *Profili*, págs. 353 y 567; Redenti, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 226; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 420; Satta, *Guida pratica*, pág. 236; Satta, *Diritto proc. civ.*, pág. 185; Jaeger, *Diritto proc. civ.*, pág. 376; Rocco, *Corso di teoria e pratica*, I, pág. 546; Luco, *Manuale*, pág. 97; Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 146; Carnelutti, *Teoria generale*, pág. 325; Andrioli, *Commento*, I, pág. 410; Enrico Finzi, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920; Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, Giuffrè, 1955.

cia de los otros da lugar a la *pendencia* del acto. La pendencia es, por tanto, un modo de ser del acto, intermedio entre la eficacia y la ineficacia. El acto pendiente no es ni eficaz ni ineficaz, pero *puede ser* eficaz o ineficaz. Teniendo en cuenta la distinción entre hechos convalidativos e invalidativos (*supra*, n. 286) la pendencia puede asumir el aspecto de la *constituibilidad* o de la *resolubilidad* según que el acto, no eficaz todavía, pueda llegar a ser eficaz (por acaecer un hecho convalidativo: ejemplo, la denominada condición suspensiva) o bien que el acto, ya eficaz, pueda convertirse en ineficaz (por acaecer un hecho invalidativo: ejemplo, condición resolutoria).

361. IRREGULARIDAD, INADMISIBILIDAD, NULIDAD DEL ACTO (24).

a) De acuerdo con la lógica, parece que si un acto carece de algún requisito y puesto que éste está dispuesto para garantizar que responda a su finalidad, no debe ser eficaz; pero razones prácticas inducen a mitigar tal rigor; por eso, se ha dicho antes que mientras de la perfección del acto deriva sin más su eficacia, de la imperfección, en cambio, puede no derivar la ineficacia. El principio, del que conviene partir, es que cuando un acto es realizado sin eficacia, ésta es una pérdida económica que conviene reducir al mínimo posible; el caso ejemplar es aquel en que, al final de un largo proceso, por una desatención del juez, la sentencia es afectada de nulidad y se hace necesario comenzar de nuevo desde el principio.

En este orden de ideas, la ley comienza a establecer que *no todo vicio* (*supra*, n. 314) *de los actos procesales perjudica su eficacia, sino solamente ciertos vicios designados particularmente*. Pero no se ha de creer que la irregularidad sea una consecuencia del vicio y así un modo de ser del acto jurídicamente indiferente; entre otras cosas, la simple irregularidad consiente al juez el poder de ordenar la *rectificación* (cfr. arts. 181[1], 182, 291[1]; *infra*, ns. 366 y sigtes.), además, puede constituir un motivo para excluir el reembolso de los gastos relativos al acto irregular (art. 92[2]; *supra*, n. 327);

(24) CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, págs. 147 y 152; CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 330, 331 y 332.

finalmente, puede dar lugar a una responsabilidad del actuante por violación de la obligación de diligencia en el cumplimiento de los actos procesales (cfr., en particular, artículo 154[1] del Cód. de proc. pen.).

b) Cuando la imperfección del acto engendra su ineficacia pueden darse todavía dos hipótesis, cuya distinción se explica, sin embargo, con la razón de economía señalada *sub a*). La primera hipótesis es que la *ineficacia se limite al acto mismo sin comunicarse a los actos sucesivos (del procedimiento)*. Tal tipo de ineficacia recibe el nombre de *inadmisibilidad.*

La figura de la inadmisibilidad, todavía poco elaborada por la doctrina, no es recordada en el primer libro del código, en el que la ineficacia se considera solamente *sub specie* de la nulidad (arts. 156 y sigtes.); se habla de ella muchas veces en las normas que regulan las impugnaciones, pero la terminología es todavía incierta, en cuanto se usan promiscuamente las voces "admisibilidad" (arts. 331[2], 334[2], 365, 366[1], 402[1], 408), "proponibilidad" (art. 329[1]) o "procedibilidad" (artículos 348, 369[1], 408), que deben considerarse equivalentes.

El carácter de la inadmisibilidad resulta, *a contrariis*, del carácter de la nulidad, que consiste en el *nullum producere effectum*; ahora bien, en cuanto el procedimiento, como se dijo, es una sucesión de actos, al menos en parte, causalmente vinculados (*supra*, n. 279), la nulidad de un acto procesal ocasiona la nulidad de los actos sucesivos que de él dependen (art. 159[1]; cfr. art. 189[1] del Cód. de proc. pen.); por ejemplo, puesto que la sentencia presupone la demanda (art. 99), la nulidad de la demanda, como se suele decir, se extiende a la sentencia (art. 159) salvo la convalidación de ésta por defecto o rechazamiento de la impugnación (*infra*, n. 374). La inadmisibilidad, en cambio, es una forma de nulidad no extensiva (podría decirse, no contagiosa) en el sentido de que del acto inadmisible, en cuanto es ineficaz, no deriva, entre otras cosas, ni la potestad del juez ni su obligación de ejercitarla; pero si la ha ejercitado y así, por ejemplo, aun cuando la demanda propuesta al juez de la impugnación sea inadmisible, el juez, sin embargo, la haya admitido y haya

pronunciado, acogiéndola o rechazándola, sobre el mérito, esto no constituye vicio alguno de la sentencia que la ha acogido o rechazado.

Precisamente porque, como decía, el concepto de la inadmisibilidad no está todavía bien delineado en la doctrina, la ley no distingue mediante una norma general los casos en los que el vicio produce la inadmisibilidad en lugar de la nulidad del acto; el cometido de la ciencia, no cumplido todavía más que en una pequeña parte, en cuanto a este tema, es proceder por vía analógica a la reconstrucción del instituto. Es probable que de ello resulte que la inadmisibilidad es un tipo de ineficacia, que se refiere en particular a las *instancias* (*supra*, n. 301), pero sin que se pueda decir que la ineficacia de la instancia se resuelva siempre en la inadmisibilidad, y tanto es así que, entre otras cosas, el art. 164 prevé la nulidad de la citación.

c) La nulidad es, pues, el tercero y más alto grado de la imperfección del acto; esta mayor gravedad de la imperfección se expresa en el aforismo *quod nullum est nullum producit effectum*; mientras de la inadmisibilidad, sin necesidad alguna de convalidación, puede derivar todavía un efecto, cuando el acto es nulo esto no es posible, salvo la convalidación (*infra*, n. 374). Precisamente porque la inserción en el procedimiento de un acto nulo produce el riesgo, así, de comprometer el procedimiento entero, la ley limita rigurosamente los vicios de los cuales deriva la nulidad: tales son los *vicios previstos bajo pena de nulidad* (*relativos a un requisito, en defecto del cual la nulidad es conminada por la ley*; art. 156[1]) *y los vicios esenciales* (*relativos a un requisito indispensable para la obtención de la finalidad del acto*; art. 156[2]). Si el vicio no presenta ni uno ni otro de tales caracteres, el acto no es nulo.

La fórmula de la norma ahora recordada, se refiere exclusivamente a los *vicios formales* (se habla en ella, efectivamente, en el primer apartado, de "inobservancia de formas", no de normas; y en el segundo, de "requisitos formales"); este límite se debe probablemente al propósito del legislador de no afrontar el problema de los *vicios extrafor-*

males, con una prudencia acaso excesiva, puesto que la teoría de los requisitos de los actos procesales, en toda su amplitud, estaba ya construida antes del nuevo código. Comoquiera que sea, la jurisprudencia no encuentra grandes obstáculos para poner remedio a esta laguna; considerando que vicios extraformales no pueden dejar de ser frecuentes en los actos del proceso (ejemplo, demanda viciada en cuanto a la legitimación, o bien providencia viciada en cuanto a la competencia), el problema de si la nulidad siga a cualquier vicio o bien solamente a ciertos vicios, no puede dejar de afrontarse ni puede ser resuelto de manera diversa sino con la aplicación analógica a todos los requisitos, aun no formales, de la disposición ahora mencionada, cuyo principio se extiende indudablemente a cualquiera de ellos.

Cuando en el art. 156[1] se habla de "nulidad... conminada por la ley", *la fórmula debe entenderse naturalmente en el más amplio sentido, de manera que la norma, que conmina la nulidad, puede encontrarse también fuera del Código de procedimiento civil o, en general, del grupo de normas que se denominan procesales.* No hay duda, por ejemplo, de que se aplique también a los actos del proceso, salvo los efectos de la convalidación, el art. 1418 del Cód. civ., en el que se estatuye, entre otras cosas, la nulidad por vicio causal (*supra,* n. 350); por consiguiente, el respectivo vicio debe considerarse prescrito bajo pena de nulidad y contemplado por el art. 156[1]. Igualmente es cierto que *la estatuición de nulidad puede derivar tanto de una norma expresa como de un principio empleado mediante la analogía.*

Para facilitar el juicio en torno al alcance del vicio y así a la nulidad del acto, el código abrogado contenía algunas normas, las cuales, respecto de ciertos tipos de actos, enumeraban los requisitos estatuidos bajo pena de nulidad (ejemplo, arts. 145, 361, 707). De tales normas, el código nuevo ha conservado dos solamente, la primera relativa a la nulidad de la notificación (art. 160) y la segunda a la nulidad de la citación (art. 164), redactadas la una y la otra en forma notablemente incompleta; basta pensar que en la primera se ha omitido la hipótesis de la notificación practicada

sin documento, y que, de estar a la letra de la segunda, se debería tener por válida una citación, en la cual falte nada menos que la conclusión de la demanda, puesto que la conclusión está prevista en el n. 4, no en el n. 3, del art. 163, donde, en cambio, se habla de la determinación de la "cosa objeto de la demanda"; verdad es que en tales casos suple el art. 156[2], pero la ventaja de disposiciones similares es precisamente la de prever, haciéndolos convertirse en vicios bajo pena de nulidad, el mayor número de vicios esenciales. Ninguna norma existe ya, entre otras cosas, relativa a la nulidad de la sentencia; el art. 161, que se intitula defectuosamente "nulidad de la sentencia", contempla, en cambio, su convalidación en relación a la impugnación (*infra,* n. 379), y no precisa en absoluto cuáles sean los vicios que produzcan la nulidad, lo que habría sido particularmente oportuno sobre todo en orden a la disposición contenida en el art. 360[1], n. 4.

362. EXTENSION DE LA NULIDAD.

De la misma manera que excluye que el defecto de un requisito, cuando no sea estrictamente necesario, ocasione la nulidad, así la ley provee a restringir a lo estrictamente necesario la nulidad bajo el aspecto cuantitativo.

"Si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo" (art. 159[2]); esto quiere decir que *si los efectos jurídicos de un acto son más de uno y el requisito defectuoso no es indispensable respecto de todos, se producen aquellos respecto de los cuales el vicio no es esencial*; por ejemplo, la intervención voluntaria principal de quien no esté legitimado puede valer como intervención por adhesión si quien la propone tiene en ello el interés suficiente (*supra,* ns. 105 y 262).

"La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras partes que sean independientes de ella" (art. 159[2]); este principio contempla manifiestamente los actos complejos (*supra,* n. 296), no pudiéndose considerar parte de acto más que el acto singular en comparación con el acto complejo, y significa que, *si la nulidad del acto singular se resuelve en*

nulidad del acto complejo, cuya eficacia exige que todos los actos singulares de los que resulte sean eficaces, no se extiende, sin embargo, a los otros actos singulares, de manera que basta la renovación o la convalidación del acto singular viciado para eliminar la nulidad del acto complejo. Pero aquí se trata no tanto de una limitación legal de la nulidad cuanto de una aplicación lógica del instituto de la nulidad a los actos complejos.

"La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de él" (art. 159[1]); el *punctum pruriens* de esta fórmula está en el concepto de la *dependencia* de un (otro) acto del procedimiento respecto del acto nulo. Poniendo atención, uno se da cuenta de que un acto jurídico depende de otro en cuanto este último sea relevante para la existencia de un requisito suyo; la independencia, por el contrario, se resuelve en la indiferencia del segundo acto para la existencia de los requisitos del primero. En este sentido, por ejemplo, la sentencia es dependiente de la demanda: un presupuesto de la sentencia es, en efecto, la legitimación del juez que la pronuncia, y sin la demanda no existiría la legitimación (art. 99; *supra,* n. 325). Pero así se descubre inmediatamente un error en la fórmula del art. 159[1], en cuanto no sólo un acto precedente puede ser relevante en orden a los requisitos de un acto sucesivo, sino que puede ocurrir también lo contrario: así ocurre en todos aquellos casos en que un acto sucesivo constituye una condición legal o judicial del acto precedente (*supra,* n. 359), de manera que la dependencia de un acto respecto de otro no supone absolutamente la precedencia cronológica del segundo sobre el primero, y la extensión de la nulidad no opera solamente en el sentido del tiempo sino, por el contrario, a pesar de éste. Comoquiera que sea, la nulidad se comunica, en cuanto se verifique la hipótesis de la dependencia, de un acto a otro, no, en cambio, de un acto singular al procedimiento; por eso la fórmula "nulidad del procedimiento" (art. 360[1], n. 4) es literalmente contraria al principio ahora enunciado, y debe entenderse en el sentido de nulidad de un acto del procedimiento (*infra,* n. 576), del cual

la sentencia se pueda considerar dependiente; por eso, según una correcta exégesis del art. 360[1], n. 4, las dos hipótesis allí previstas de "nulidad de la sentencia o del procedimiento" se resuelven en la nulidad de la sentencia, distinta según que derive de un vicio de ella misma o del vicio de un acto precedente.

Una aplicación muy importante del principio ahora enunciado se tiene en el art. 2929 del Cód. civ., según el cual "la nulidad de los actos ejecutivos que han precedido a la venta (forzada) o a la asignación (forzada) no tiene efecto respecto del adquirente o del asignatario, salvo el caso de colusión con el acreedor procedente". Con la proposición que sigue: "Los otros acreedores no están obligados en ningún caso a restituir lo que han recibido por efecto de la ejecución" queda igualmente excluida la extensión de la nulidad de los precedentes actos ejecutivos a la atribución del precio a los acreedores intervinientes (*infra*, n. 715).

363. NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO.

No obstante que el acto viciado sea nulo en lugar de solamente irregular, la ley no abandona la esperanza y hasta me atrevería a decir que la curación directa, para obtener de ella todavía el efecto jurídico.

Pero existen vicios tan graves respecto de los cuales la esperanza se debe abandonar sin más. Tales vicios pueden denominarse *absolutos* o *insanables* (cfr. art. 158) y se clasifican también en dos categorías.

Una primera está formada por *aquellos cuya insanabilidad se reconoce expresamente por la ley*; tales son los vicios relativos a la constitución del juez y a la intervención del ministerio público (art. 158); la frase "constitución del juez", que no es muy clara ni feliz, debe entenderse en el sentido de "constitución del oficio judicial", de manera que el vicio consiste en no haberse cumplido el acto por la persona o por las personas que, según la ley, deben constituir el oficio judicial; por eso, sería insanablemente nula la sentencia pronunciada por el alcalde en lugar de por el pretor

o bien el proceso verbal (acta) extendido por el notario en lugar de serlo por el secretario, e igualmente la sentencia pronunciada por el juez instructor en lugar de serlo por el colegio que forma el tribunal, o bien por un colegio formado por jueces en número diverso del prescrito (*supra*, n. 119) o por jueces diversos de aquellos que han asistido a la discusión (art. 276[1]; *supra*, n. 325); pero si el acto proviene de un oficio constituido según la ley, no es insanable, en cambio, el vicio relativo a la coincidencia entre el oficio actuante y el oficio al que la ley atribuye la potestad de obrar, de donde resulta que la norma del art. 158 no se refiere en particular al vicio de competencia (*supra*, n. 125).

Para quien lee el código, no existirían otros vicios insanables fuera de los previstos por el art. 158. Para quien, en cambio, debe meditarlo, es fácil la observación de que con la norma contenida en este artículo no se agota el problema de la insanabilidad: todos, por ejemplo, están de acuerdo en que una sentencia pronunciada oralmente estaría afectada por un vicio que la hace irreparablemente nula, aun cuando ninguna norma de la ley disponga en torno a ello (argumento *ex* art. 161[2]). Este tipo de nulidad absoluta o insanable, que no está prevista por la ley, suele llamarse *inexistencia* (jurídica, se entiende, no física) del acto. Pero el concepto de inexistencia es uno de los conceptos que habiendo opuesto mayores dificultades a los esfuerzos de la ciencia, la nueva ley no ha osado formular. Esto no exime al intérprete del deber de deducir de las normas el principio, a lo que se presta hoy con buenos resultados el art. 156[1 y 2]: como los vicios que producen nulidad no se agotan en la categoría de aquellos, que como tales están previstos por la ley, de manera que junto a los vicios *bajo pena de nulidad* se alinean los vicios *esenciales* (*supra*, n. 361), igualmente la insanabilidad no puede derivar solamente de una norma expresa; ahora bien, la segunda categoría de los vicios que la determinan, tiene la misma naturaleza de los vicios esenciales: si vicios esenciales son aquellos que se refieren a "requisitos... indispensables para alcanzar su finalidad" y si todavía, no obstante la previsión de tal indispensabilidad, puede ocurrir que la finalidad se

alcance, de donde deriva la convalidación del acto (art. 156[3]; *infra,* n. 374), vicios *esencialmente insanables* están constituidos por el *defecto de tal requisito del cual no sólo se pueda considerar la necesidad para obtener la finalidad, sino además la imposibilidad de que sin él de manera alguna pueda ser alcanzada esa finalidad.* Hay, por tanto, dos cualidades y hasta dos grados de vicios esenciales, *sanables* y *no sanables*: los primeros se refieren a un requisito que, aun cuando normalmente indispensable para la obtención de la finalidad, sin embargo, por excepción, puede no resultar tal; los segundos se refieren a requisitos cuya ausencia no consiente, ni siquiera por excepción, la obtención de la finalidad.

364. DECADENCIA [25].

Cuando al cumplimiento del acto se le asigna un término aceleratorio y perentorio (*supra,* n. 357) *o bien un día* (*supra,* n. 356), *la nulidad del acto cumplido después del vencimiento del término o del día se resuelve en la decadencia del poder de cumplirlo o mejor del poder que en el cumplimiento del acto se manifiesta* (arts. 152, 154). Término "bajo pena de decadencia" (artículos citados) o, de otra manera, término *perentorio* (*supra,* n. 357), es, por tanto, aquel cuya observancia se exige para la eficacia del acto, de manera que el cumplimiento del acto antes del vencimiento constituye un requisito bajo pena de nulidad o, cuando menos, un requisito esencial.

En los casos en los que el no cumplimiento del acto en el tiempo fijado esté ocasionado por motivos superiores a la voluntad del actuante, también la decadencia es un efecto, que puede no ser justo y contra el cual, por tanto, la experiencia ha preparado un remedio al que se da el nombre de *reapertura del término* o *restitución in integrum*: el juez, una vez verificado el motivo del no cumplimiento del acto, asigna un nuevo término o un nuevo día para su cumplimiento. Una norma general que reconozca tal instituto no existe en el

(25) CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 153; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 336.

código, en el cual solamente se encuentra alguna que hace una aplicación particular de él (ejemplo, art. 208[3]).

La más importante de estas aplicaciones concierne a la restitución en término del contumaz: según el art. 294[1], el contumaz, que se constituye tardíamente (*infra*, n. 399), "puede pedir al juez instructor que se lo admita a realizar actividades (*rectius*, actos) que le estarían precluidas, si demuestra que la nulidad de la citación o de su notificación le impidió tener conocimiento del proceso o que la constitución le fue impedida por causa a él no imputable". En la segunda parte, la norma es correcta, pero no en la primera; la nulidad de la citación o de la notificación si existe, verdaderamente, debería ser causa suficiente de la restitución independientemente de la prueba de que con ocasión del vicio el contumaz no haya podido tener noticia del proceso.

Capítulo Tercero

DE LOS REMEDIOS DE LOS ACTOS PROCESALES

365. CLASIFICACIÓN DE LOS REMEDIOS.

Se llama la atención del lector acerca de la indicación hecha ya en el n. 314, donde se ve que el remedio puede ser dirigido a la *eliminación del vicio* o bien a la *adecuación de la legalidad del acto a su conveniencia y a su justicia*.

Al primer tipo de remedio corresponde el nombre de *rectificación del acto*.

El segundo tipo se subdivide en dos subtipos según que se trate de *atribuir eficacia al acto viciado* o de *negarla al acto inmune de vicios*. En aquel caso se habla de *convalidación* del acto; en éste el remedio asume diversas formas, entre las cuales culmina la *impugnación*.

cables o modificables, sean excluidas del procedimiento de corrección las sentencias, contra las cuales se haya interpuesto apelación (art. 287; *infra,* n. 371).

Un límite inverso se comprende que pueda derivar para la rectificación de la inmutabilidad del acto, puesto que, más o menos, la rectificación implica un cambio: bajo este aspecto, se presenta el problema a propósito de la sentencia, que es tendencialmente un acto inmutable (*supra,* n. 80), y se explica la cautela con la cual está disciplinada su corrección (*infra,* n. 371).

368. EFICACIA DE LA RECTIFICACION.

En cuanto la rectificación sea admitida y por virtud de ella sea eliminado el vicio, su *eficacia puede ser diversa según que opere con o sin retroactividad,* esto es, desde el momento en que se ha cumplido el acto rectificado o bien solamente desde el momento del cumplimiento del acto rectificativo. Esta diferencia importa, sobre todo, para el caso en que este último sea cumplido después del vencimiento del término perentorio asignado al cumplimiento del acto a rectificar; si a la rectificación se le atribuye eficacia retroactiva, a la rectificación corresponde en tal caso una restitución en término (*supra,* n. 364).

Bajo este aspecto, será útil meditar sobre las normas de las que se hablará dentro de poco, relativas a la rectificación de los actos de parte, las cuales no parecen inspiradas todas en un principio meditado y coherente.

369. RECTIFICACION DE LOS ACTOS DE PARTE.

El principio de la rectificación en cuanto a los actos de parte encuentra su fórmula más equilibrada en el procedimiento ordinario ante el pretor o el conciliador, el cual puede "indicar a las partes en todo momento... las irregularidades de los actos y de los documentos que pueden ser reparadas, señalando un término para proveer a ello, *quedando a salvo a cada una de las partes los eventuales derechos adquiridos*" (art. 316); este último inciso de la fórmula, análogo al que

se verá dentro de poco en tema de convalidación, quita a la rectificación eficacia retroactiva (*supra*, n. 368). En este sentido debe entenderse el poder análogo reconocido al juez instructor (art. 182[1]) y, correlativamente, al colegio en materia de control de las providencias instructorias (art. 178[1]; *infra*, ns. 401 y sigtes.) así como al juez de apelación según el art. 354[4] (*infra*, n. 568); en particular, la fórmula de esta última norma, donde se habla de renovación "en cuanto sea posible", alude precisamente al límite que a la utilidad de la renovación puede derivar de la irretroactividad de sus efectos.

Mucho menos prudente y congruente es, en cambio, la norma particular relativa a la rectificación de la citación y de su notificación (*infra*, n. 398), según la cual si el juez encuentra irregularidad de estos actos, cuando el demandado no se constituye, ordena su renovación; la ley agrega que si la renovación se hace en el término perentorio al objeto fijado "impide toda decadencia" (art. 291[1]). De este modo se atribuye a la rectificación de la citación aquel efecto retroactivo que se niega, en cambio, a su convalidación mediante la comparecencia del citado (*infra*, n. 374); suponiendo, por ejemplo, la nulidad de la citación de apelación, si, vencido el término para proponerla, el demandado se constituye, la decadencia se ha verificado, sin embargo, y si, por el contrario, no se constituye y la citación se renueva, la decadencia es evitada, con lo que la decadencia se elimina en el caso en que la citación no haya servido para la finalidad y se mantiene en aquel caso en que haya servido: incongruencia gravísima que no se explica más que por una falta de atención.

370. RECTIFICACION DE LOS ACTOS DE OFICIO.

Entre los actos de oficio, el problema de la rectificación se refiere en particular a las providencias no libremente modificables o rescindibles (*infra*, n. 376); pero no a éstas solamente. Una aplicación a otra especie de acto se encuentra en materia de asunción de la prueba testimonial (*infra*, ns. 448 y sigtes.), donde el art. 257[2] admite que el juez (instructor)

disponga una nueva audiencia de los testigos "ya interrogados, a fin de corregir irregularidades que se hubieren verificado en el examen anterior"; la extensión analógica de tal norma a cualquiera otra asunción de prueba (*infra,* ns. 433 y sigtes.), al poderse considerar que la rectificación responde actualmente a un principio general, no encuentra ninguna dificultad.

371. CORRECCION DE LAS SENTENCIAS [27].

La rectificación que la ley designa con el nombre equivalente de *corrección,* se admite para "las sentencias contra las cuales no se haya propuesto apelación" cuando el juez "haya incurrido en omisiones o en errores materiales de cálculo" (art. 287); el art. 286[1] la extiende a los laudos de los árbitros.

Se entiende que, no tanto la exclusión de la impugnación en general cuanto la exclusión de la apelación, se requiera a fin de que la sentencia pueda ser corregida puesto que la apelación es el único tipo de impugnación, el cual conduce en todo caso a la rescisión de la sentencia impugnada (*infra,* n. 550); sin embargo, si la apelación, aun cuando proponible, no haya sido todavía propuesta, puesto que no existiría razón para imponerla y cuando solamente es necesario que la sentencia sea rectificada, la corrección se puede hacer.

Tanto la *omisión* como el *error material* o el *error de cálculo* son *vicios* de la sentencia, aun cuando pueda seguirse únicamente la irregularidad de ella (*supra,* n. 361). Según el código derogado, esta condición de que del vicio no derivase la nulidad de la sentencia, era una condición exigida a fin de que la sentencia se pudiese corregir (art. 473); pero habiendo demostrado la doctrina la inexistencia de toda razón técnica de tal restricción, la misma ha desaparecido de la nueva ley, la cual no exige para la corrección que el vicio

[27] CHIOVENDA, *Istituzioni,* II, pág. 524; ANDRIOLI, *Commento,* II, pág. 284; REDENTI, *Diritto proc. civ.,* II, pág. 264; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.,* I, pág. 427; SATTA, *Diritto proc. civ.,* pág. 290; JAEGER, *Diritto proc. civ.,* pág. 455; LUGO, *Manuale,* pág. 54.

ocasione la nulidad de la sentencia, pero tampoco excluye que si lo ocasiona pueda ser eliminado mediante la corrección; en todo caso, ésta sería una razón más a fin de que, si es posible, se pueda obtener su eliminación.

Error material es error en la expresión en lugar de error en la formación de la idea o, en otras palabras, *en la construcción de la fórmula*; por lo general, aunque no necesariamente, un error de tal naturaleza se debe a desatención del juez (el denominado *disparate*); tal carácter se deduce del *contraste manifiesto entre la fórmula y la idea* (por ejemplo, por una confusión de los nombres, el juez da el nombre del actor al demandado o viceversa). Una especie del error material es el *error de cálculo*, el cual se refiere al empleo de las reglas aritméticas o, en general, matemáticas, para la construcción de la fórmula; si el juez, después de haber dicho que el deudor debe pagar el importe resultante de la suma de determinados sumandos, se equivoca en la adición, el error está todavía en la construcción de la fórmula, no en la formación de la idea. Así, el error material como, particularmente, el error de cálculo, son vicios de la sentencia, aun cuando no siempre esenciales: si, por ejemplo, por un descuido se indicaran en el encabezamiento de la sentencia jueces diversos de aquellos que la han suscrito, el error se resolvería ciertamente en una causa de nulidad; puede quizá dudarse, por el contrario, si es nula la sentencia en cuya parte dispositiva se ha incurrido en el error de cálculo imaginado hace poco o en la confusión de nombres entre demandado y actor; sin embargo, se trata de un verdadero vicio puesto que es ciertamente un requisito formal de la declaración el que la fórmula corresponda a la idea, e incluso, a la luz del buen sentido, tal requisito que parece indispensable a fin de que el acto (declaración) alcance su finalidad (*supra*, n. 361); de todas maneras, y aunque solamente la irregularidad y no la nulidad de la sentencia fuese su efecto, el concepto de rectificación estaría, sin embargo, en su lugar.

También el concepto de omisión es claro: *defecto en la sentencia de algo que debe existir en ella*; bajo este aspecto debe considerarse en particular el art. 132 (*supra*, n. 339)

con sus prescripciones de contenido; cualquiera de los objetos que en él se indican, que no se encuentre, se tratará de una omisión. Sin embargo, de entender tan literalmente y, por eso, tan ampliamente la omisión, el buen sentido advierte que se iría demasiado lejos: basta pensar en el tan discutido problema de la *falta de motivación,* del cual habremos de tratar dentro de poco a propósito del recurso de casación (*infra,* n. 576); también la relativa a los motivos es una omisión; pero si se pudiese reparar a ella mediante la corrección, ésta debería dar lugar a una nueva decisión; ahora bien, aunque no fuese por otra cosa que por la forma de la providencia de corrección (*infra,* n. 373), se excluye tal posibilidad. La palabra *omisión,* contenida en la fórmula del art. 287, debe ser objeto, pues, de interpretación restrictiva, a la cual induce con facilidad la comparación entre la hipótesis de la *omisión* y la del *error material*; la *mens legis* es ciertamente en el sentido de que el vicio, ya sea por omisión o por comisión, encuentre su sede en la fórmula, no en la idea; para dar lugar a la rectificación de la sentencia, la omisión *debe pertenecer, pues, a la misma categoría del error material* y tener así el carácter de la denominada *omisión involuntaria.*

372. PROVIDENCIA DE CORRECCION.

De ordinario, la corrección se hace "por el mismo juez" que ha pronunciado la sentencia (art. 287); la fórmula alude a la identidad del oficio, no del oficial; para el caso de supresión del oficio judicial o de cambio de competencia, considero que debe proveer a la corrección el oficio al cual, cuando la sentencia se debe corregir, correspondería la potestad de pronunciarla. Por excepción, la corrección del laudo de los árbitros, cuya potestad ha cesado con el pronunciamiento, se encomienda "al pretor del lugar donde se lo depositó" (art. 826[1]).

Según el principio así establecido por el art. 287, es cierto que, conforme a la *ratio,* la *potestad de corrección de la sentencia colegial pertenece al colegio.* Una duda al respecto puede surgir por la defectuosa fórmula del artículo siguiente,

en el que, en el segundo apartado, la palabra "juez" se usa, en dos períodos sucesivos, con significados diversos (*infra,* n. 487), no pudiéndose admitir que el propio colegio provea, lo mismo que para la corrección, para la fijación de la audiencia en el procedimiento de corrección; de todos modos, la comparación entre los dos artículos sirve para resolver la duda en el sentido de que la providencia de corrección de la sentencia pronunciada por el colegio no puede ser más que colegial.

En ningún caso la providencia de corrección tiene forma de sentencia (art. 288[1 y 2]). Puesto que tal providencia va a integrar la sentencia corregida, a primera vista esta solución formal puede producir alguna perplejidad; sin embargo, se manifiesta como exacta a quien considere que la eficacia de la providencia se agota en el proceso en cuanto el mismo no hace otra cosa que modificar la forma de la sentencia de manera que en la nueva forma es siempre y solamente la sentencia y no la providencia posterior, la que despliega la eficacia de derecho material (*supra,* n. 366).

La razón ahora indicada debería haber inducido al legislador a prescribir para la providencia de corrección, en todo caso, la forma de la ordenanza; por el contrario, si según el primer apartado del art. 288 se le impone la forma de decreto, esto se debe al criterio de distinción entre decreto y ordenanza, que en otro lugar fue aclarado y criticado (*supra,* n. 342).

373. CORRECCION DE LAS ORDENANZAS Y DE LOS DECRETOS.

En los mismos casos y del mismo modo que las sentencias, se pueden corregir, según el art. 287, aquellas ordenanzas respecto de las cuales no se admite la revocación o la modificación. Un caso particular de corrección de la ordenanza está previsto por el art. 289[2] bajo el nombre de *integración,* en cuanto el error material consista en una omisión (*infra,* n. 487).

No se sabe por qué la ley no habla de corrección de los decretos (se entiende, en cuanto no puedan ser revocados o modificados; cfr. art. 742); el problema de la corrección se

plantea también respecto de ellos y no existiría razón para resolverlo de diversa manera que cuando se trata de las sentencias y de las ordenanzas; a la omisión se repara, pues, extendiendo a los decretos la norma del art. 287 por analogía.

SECCION II. — DE LA CONVALIDACION DE LOS ACTOS PROCESALES (28)

374. CONVALIDACION DEL ACTO.

La insanabilidad del vicio es una excepción, mientras de ordinario, y no obstante que el vicio sea tal que produzca la nulidad, *la nulidad se excluye en virtud de que el acto haya alcanzado la finalidad a la que está destinado* (art. 156[3]). La aparente contradicción entre la indispensabilidad del requisito para la obtención de la finalidad (art. 156[2]) y la efectiva obtención de ésta, a pesar del defecto de aquél, se explica por la diferencia entre regla y excepción: no obstante que, por ejemplo, la observancia de las "disposiciones acerca de la persona a quien debe ser entregada la copia" se estime necesaria al buen fin de la notificación (art. 160), puede ocurrir que también una notificación practicada mediante entrega a persona diversa de aquellas que están previstas en la ley lleve, sin embargo, la declaración notificada a conocimiento del destinatario; cuando el hecho demuestre que ha ocurrido así, la nulidad del acto que, aun cuando defectuoso, ha logrado, sin embargo, su finalidad, sería una pérdida inútil.

En tal caso, por tanto, el alcanzar la finalidad no obstante el vicio del acto, constituye un equivalente del requisito que falta, el cual *sana el vicio* o, en otras palabras, *convalida el acto viciado*. La nulidad, en cuanto es sanable, esto es, en cuanto se presta a la convalidación, se opone a la *nulidad absoluta* así como a la *nulidad relativa*. Como hemos observado, el *carácter relativo de la nulidad de los actos procesales constituye la regla*, la cual se infiere del último apartado del

(28) CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 515; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 157; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 340.

art. 156. La convalidación es, por tanto, un verdadero remedio de la nulidad, en cuanto sirve para reparar los vicios de los actos y para eliminar las consecuencias nocivas.

La rectificación se distingue de la convalidación (*supra*, n. 366) porque consiste en una actividad del autor mismo del acto mientras la convalidación puede depender de un evento extraño a éste. De acuerdo con tales conceptos se puede poner un poco de orden en la fórmula imprecisa del art. 164[2]. Es una aplicación elemental del principio de la convalidación por obtención de la finalidad del acto, el que la comparecencia del demandado en el proceso de cognición sane la nulidad de la notificación de la demanda; puesto que tal notificación en el código derogado se llamaba citación, era correcta la fórmula de su art. 190[1], según el cual "las nulidades de los actos de citación se sanan con la comparecencia del citado". Sin embargo, la jurisprudencia, poco atenta al distinguir entre la demanda y su notificación y, por eso, habituada a entender por citación también la primera, había terminado por interpretar el art. 190 en el sentido de que la comparecencia sane también los vicios de la demanda. Era una equivocación y precisamente una confusión entre los dos conceptos de la convalidación y de la rectificación: en verdad, mientras es justo considerar que, cuando no obstante la entrega de la copia a persona diversa de la prescrita, el demandado se presente en juicio, quiere decir que ha tenido noticia de la demanda, de donde resulta que, no obstante el vicio, la notificación ha alcanzado su finalidad; en cambio, si de la demanda notificada no se infiere cuál sea el derecho que se hace valer en juicio, no se puede decir que con la comparecencia del demandado este otro vicio se haya sanado, sino solamente que la comparecencia permite la rectificación de la demanda, esto es, la integración de los elementos que faltan mediante sucesivas alegaciones, orales o escritas, del actor. Ahora bien, en el nuevo código ha cambiado, más o menos oportunamente, la terminología, en cuanto citación no es ya la notificación de la demanda en el proceso de cognición sino la demanda introductiva misma (art. 163; *infra*, n. 386); en orden a tal cambio se habría debido aclarar *que la compa-*

recencia sana los vicios de la notificación y en cuanto a los vicios de la demanda que éstos, en contradictorio del citado, pueden ser eliminados por la rectificación. En cambio, por falta de atención, en el art. 164 se reprodujo la vieja fórmula del art. 190, de manera que el intérprete debe proveer, con una cierta fatiga, a aclarar su concepto.

La convalidación opera sólo desde el momento en que ha ocurrido el hecho, del que depende, en el sentido de que sólo desde tal momento el acto viciado adquiere eficacia. Una aplicación de tal principio general se encuentra en el mismo art. 164[2], el cual deja a salvo "los derechos adquiridos" por el citado "anteriormente" a la comparecencia; esto quiere decir que si para conseguir un determinado efecto la citación debía ser notificada dentro de un cierto día y la comparecencia ha tenido lugar después del mismo, no obstante la convalidación, aquel efecto no se produce.

375. INVALIDACION DEL ACTO.

En la vía del remedio contra la nulidad de los actos, la ley procede todavía en el sentido de que *infiere la obtención de la finalidad no obstante el vicio, esto es, la convalidación del acto nulo, de la aquiescencia de la parte, a la que el acto perjudica y a la que, por tanto, beneficiaría su nulidad.* Por aquiescencia se entiende un *comportamiento de la parte el cual demuestre que dicha parte está dispuesta a sufrir sus efectos.*

La aquiescencia por *comisión* es *expresa* si la parte, a la que el acto perjudica, *declara de cualquier manera quererlo considerar como eficaz o no pretender que se reconozca la nulidad del mismo; es tácita, si realiza tales actos de los que se puede deducir, aun sin palabras, una intención análoga* (art. 157[2]).

La aquiescencia por *omisión* consiste en la *omisión de la invalidación,* esto es, *de la instancia dirigida a hacer reconocer la nulidad* o, más exactamente, *de la alegación concerniente a la nulidad misma*; en tal modo, *el defecto de invalidación se convierte en convalidación*; por tanto, la ley esta-

blece que "no puede pronunciarse la nulidad sin instancia de parte, si la ley no dispone que se la pronuncie de oficio" (art. 157[1]). Puesto que la renuncia a la invalidación expresa la voluntad de tratar el acto como válido, la ley atribuye a la aquiescencia por comisión la forma de una renuncia a la invalidación (art. 157[2]).

Cuando la ley admite que baste el defecto de invalidación para convalidar el acto y así que sea necesaria la invalidación para determinar su nulidad, ésta recibe el nombre de *anulabilidad*. Según el art. 157[1] *no sólo la nulidad relativa sino la anulabilidad es la regla en cuanto a los actos procesales, la nulidad de los cuales puede ser puesta de relieve de oficio sólo cuando la ley expresamente lo consiente* (cfr. art. 158).

La facultad de invalidación se niega a la parte, la cual, aun cuando resulte perjudicada por el acto nulo, ha dado causa al vicio (art. 157[3]); tal conducta de la parte tiene el valor de una aquiescencia presuntiva al acto viciado.

No existe una norma en virtud de la cual la invalidación deba tener lugar dentro de un cierto tiempo a contar del cumplimiento del acto o en la primera ocasión en que, después de tal cumplimiento, la parte *cui interest* presenta sus razones al juez; sin embargo, de la norma según la cual las cuestiones no pueden ser propuestas por las partes después de la remisión de la causa al colegio (art. 184; *infra*, n. 418), se deriva un término, aceleratorio y perentorio, para la invalidación, salvo, sin embargo, el derecho de proponerla en el juicio de apelación (art. 345[2]).

SECCION III. — DE LA IMPUGNACION DE LOS ACTOS PROCESALES [29]

376. REVOCACION O MODIFICACION DE LOS ACTOS PROCESALES.

No obstante su imperfección, un acto jurídico y, en particular, un acto procesal puede o no ser justo o, en general,

[29] CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 501; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 527; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, II, pág. 307; ZANZUCCHI, *Diritto proc. civ.*, II, pág. 151; SATTA, *Diritto proc. civ.*, pág. 317; JAEGER, *Diritto proc. civ.*,

conveniente para su finalidad (*supra*, n. 313). En tal caso, en cuanto las circunstancias demuestren que no debía ser cumplido o que debía serlo de diversa manera, el remedio consiste en eliminarlo o en modificarlo; a veces, para obtener este segundo resultado, puede ser necesario quitar de en medio aquel acto ya cumplido y cumplir otro.

En el primer caso, si el acto consiste en una declaración, se habla de *revocación*; en cuanto a las operaciones, no existe una palabra específica, ya que no se puede hacer otra cosa que destruir o deshacer lo que se ha hecho; en cuanto a las inspecciones, es claro que el remedio no puede tener lugar.

En el segundo caso, el concepto se denota con el vocablo *modificación* o *reforma*. Cuando la modificación se consigue a través de la revocación, se habla de *renovación*.

Si el remedio aquí señalado ayuda en cuanto a la justicia o, en general, en cuanto a la conveniencia del acto, sus inconvenientes se manifiestan desde el punto de vista de la certeza; en cuanto alguien deba contar para regular la propia conducta con el modo de ser de un acto, la eventualidad de su revocación o de su reforma determina un peligro de inestabilidad, en razón del cual la revocación o la reforma puede ser limitada o aun excluida. Así se plantea el problema en torno a la revocación o a la reforma de los actos procesales, el cual es uno de los más graves que pueden presentarse al legislador. Este problema debe considerarse separadamente según la naturaleza de los diversos actos.

a) Entre los actos de oficio, presentan bajo este aspecto una particular fisonomía aquellos actos que tienen función de inyunción (*supra*, n. 311), en cuanto las situaciones jurídicas materiales que de ellos resultan, tengan necesidad de estabilidad; cuando tal estabilidad es una condición para la composición de la *litis* o para la administración del negocio,

pág. 478; Lugo, *Manuale*, pág. 169; Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, III, pág. 166; Carnelutti, *Teoria generale*, pág. 347; Leone, *Sistema delle impugnazioni penali*, Napoli, Jovene, 1935; Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili*, Padova, Cedam, 1943; Calamandrei, *Studi*, I, pág. 168; Micheli, *La rinunzia agli atti del giudizio*, Padova, Cedam, 1937; Salvatore Romano, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, Cedam, 1935; Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1942.

el lector sabe que las inyunciones no pueden ser ni revocadas ni modificadas; en particular en cuanto a las *decisiones* del proceso de cognición, esta exigencia se resuelve en *la cosa juzgada formal* (*supra,* n. 80); en cuanto a las inyunciones del proceso voluntario, respecto de las cuales no parece congruente impedir la revocación o la modificación, se dispone, sin embargo, que ésta no perjudica "los derechos adquiridos de buena fe por los terceros en virtud de convenciones anteriores a la modificación o a la revocación" (art. 742; *supra,* n. 95).

La revocabilidad o irrevocabilidad, modificabilidad o inmodificabilidad de las órdenes es objeto de una cuestión que no puede resolverse en cuanto a todas de la misma manera, ya que la solución depende de su específica función; bajo este aspecto asumen fisonomía particular las órdenes *instructorias,* dirigidas a regular aquella fase del procedimiento que veremos que se llama instrucción (*infra,* n. 384); representa uno de los más notables progresos obtenidos por el nuevo código el que, de ordinario, las ordenanzas instructoras ya sean pronunciadas por el juez instructor ya lo sean por el colegio, "puedan ser siempre modificadas o revocadas por el juez que las ha pronunciado" (art. 177[2]), salvo las excepciones (art. 177[3]), que se verán más adelante (*infra,* n. 404) y que no están exentas de crítica. En cuanto a las otras órdenes, que no se refieren propiamente a la instrucción y que a menudo tienen forma de decreto (*supra,* n. 342), considerando que su eficacia se limita al proceso, parece que, en defecto de una norma expresa, de ordinario la potestad de revocarlas o modificarlas se debe reconocer, salvo que su particular función exija la estabilidad de ellas; por eso, una excepción a la regla se debe admitir probablemente en cuanto a la ordenanza de corrección de la providencia (*supra,* n. 372).

En cuanto a los otros actos de oficio, aun cuando la ley no hable de ellos ni la doctrina haya detenido sobre los mismos su atención, el que puedan ser modificados para hacerlos conformes a la justicia o a la conveniencia es ciertamente la regla general: así, el juez puede modificar la pregunta dirigida a un testigo (art. 253[1]) y un consultor puede hacer otro

tanto con su dictamen (art. 195); en particular, la renovación del examen de uno o varios testigos se admite no sólo "para corregir irregularidades que se hubieren verificado en el examen anterior" sino también para "aclarar su deposición" (art. 257[2]).

b) En una primera observación, puede parecer que hayan de ser revocables o modificables también los actos de parte, en particular las instancias o demandas y las alegaciones; pero meditando más profundamente uno se da cuenta de que este tema presenta, al menos en cuanto al proceso contencioso de cognición, un aspecto muy delicado, en orden al cual se verá que el código nuevo contenía algunas normas que recientemente han sido modificadas (*infra*, n. 389).

Desde el punto de vista de la revocación se presenta ante todo la duda de si puede constituir objeto de ella la demanda en el proceso de cognición; mientras se trata de proceso ejecutivo o de proceso voluntario, la revocabilidad de la demanda introductiva no suscita duda alguna; tanto mejor para el deudor si el acreedor renuncia a la ejecución forzada, y, en cuanto al proceso voluntario, en el que falta el contradictorio, no existiría razón alguna para que quien ha propuesto al oficio judicial una demanda, no la pudiese revocar; pero en el proceso contencioso de cognición, hay que tener en cuenta el interés de la otra parte, la cual, cuando una *litis* ha sido llevada ante el juez para la decisión, puede no encontrar oportuno que le sea sustraída; precisamente en razón de la bilateralidad del interés en la decisión de la litis, que califica tal especie de proceso, se encuentra establecido, en cambio, respecto del mismo, el principio de la *irrevocabilidad de la demanda*: cuando el art. 306[1] dispone que la *renuncia a los actos del juicio*, la cual no es otra cosa que una revocación de la demanda introductiva, tiene eficacia siempre que sea "aceptada por las partes constituidas que podrían tener interés en su prosecución", en cuanto hace depender la extinción del procedimiento no ya de la revocación sino del acuerdo de las partes, establece precisamente, dentro de ciertos límites (*infra*, n. 512), en cuanto a la demanda el principio de la irrevocabilidad.

En torno a la modificabilidad de la demanda y en general de las alegaciones, el contradictorio propio del proceso de cognición contencioso opera en dos sentidos contrarios y hace que el problema sea particularmente delicado: por una parte, excepción hecha en cuanto al procedimiento de casación (*infra,* n. 585), se reconoce la imposibilidad de que la demanda y las alegaciones que la sostienen pueden asumir desde el inicio un contenido definitivo, de manera que no se puede negar su modificación; por otra parte, se observa que una modificabilidad sin límites, en lugar de responder a las exigencias del contradictorio, favorecería las astucias y, poniendo a cada una de las partes en la necesidad de tomar tiempo para responder a la modificada actitud de su adversario, terminaría por retardar considerablemente el desarrollo del proceso; entre las dos exigencias opuestas, la ley ha adoptado una solución de medida, poniendo un límite a la modificación de la demanda y de las alegaciones, las cuales, cuando el procedimiento ha llegado a una cierta fase, no pueden ser ya modificadas (arts. 183 y sigtes.; *infra,* n. 417).

377. RESCISION DE LOS ACTOS PROCESALES.

A los fines de la justicia y de la conveniencia del acto, puede no ser suficiente la iniciativa del actuante mismo, al cual no siempre le es fácil reconocer su error. En cuanto *el acto sea eliminado o sea modificado por un sujeto diverso de su autor,* surge el concepto de la *rescisión,* que la teoría general ha construido actualmente aislándolo, en particular, de los conceptos contiguos de la *anulación* y de la *resolución.*

Es obvio que en el campo de los actos procesales, en particular de oficio, el instituto de la rescisión tiene una gran importancia; por lo general, como se verá inmediatamente, la rescisión está vinculada a la impugnación (*infra,* n. 378), pero alguna vez se presenta ella sola: cuando, con una fórmula más bien discutible, la ley establece que "las partes, *sin necesidad de medios de impugnación,* pueden proponer al colegio, cuando se remite a éste la causa..., todas las cuestiones resueltas por el juez instructor mediante ordenan-

za revocable" (art. 178), quiere decir que el colegio tiene la potestad de resolver tales cuestiones rescindiendo la providencia del juez instructor (*infra,* n. 430); el defecto de la fórmula está en que habla del poder de la parte, mientras la norma se refiere al poder del colegio; puesto que no es necesaria impugnación alguna de la ordenanza, el colegio, el cual ha de conocer de la totalidad de la litis, tal como fue propuesta al juez instructor, puede rescindir, aun de oficio, la ordenanza de éste.

378. IMPUGNACION DE LOS ACTOS PROCESALES.

Por lo general, como se señaló, *la rescisión del acto de oficio se provoca mediante un acto de la parte dirigido a obtenerla,* al cual se da el nombre de *impugnación.* También el concepto de impugnación, que en un primer momento fue construido en el plano de los estudios procesales, ha pasado de éstos a la teoría general del derecho, la cual ha cuidado en modo particular su distinción respecto de la *invalidación* (*supra,* n. 375).

En cuanto al proceso, el estudio de la impugnación se ha hecho con particular cuidado en orden a las providencias del juez en el proceso de cognición y, todavía de una manera más particular, en orden a las sentencias, pero es necesario que, poco a poco, la visión se amplíe con el resultado de demostrar que la impugnación es un instituto, que se extiende a todas las especies de proceso, de cognición o de ejecución, definitivo o cautelar, contencioso o voluntario. Entre otras, las que en el título quinto del libro tercero del código se llaman *oposiciones a proceso ejecutivo* (arts. 615 y sigtes.), no son otra cosa que verdaderas y propias impugnaciones de los actos que en él se cumplen (*infra,* ns. 810 y sigtes.); el proceso cautelar a su vez, desarrollándose según la estructura del proceso definitivo, de cognición o de ejecución, se aprovecha de las impugnaciones propias de éstos; una observación análoga debe hacerse, en cuanto se desarrolle según las formas del proceso contencioso, respecto del proceso voluntario; a propósito de este último, una especie

de impugnación es sin duda la reclamación prevista por el art. 740.

A este respecto, bajo el perfil de la teoría de los actos, se dice lo necesario en torno al concepto de la impugnación, tema sobre el que se volverá más adelante, durante la exposición del procedimiento, a propósito de cada una de las especies del proceso.

379. ABSORCION DE LA INVALIDACION EN LA IMPUGNACION.

Se ha observado ya que la teoría general del derecho ha trazado actualmente con cuidado los confines tanto entre *anulación* y *rescisión* como entre *invalidación* e *impugnación* (*supra,* n. 378). Sin embargo, puesto que los institutos, aun cuando diversos, son limítrofes, se dan entre ellos relaciones que merecen ser observadas atentamente.

Puesto que, en último análisis, la prescripción de los requisitos del acto no tiende a otra cosa sino a garantizar, de acuerdo con el *quod plerumque fit,* su justicia (*supra,* n. 313), y de ahí el que la nulidad del acto constituya bajo un cierto aspecto una presunción de su injusticia, se comprende que el remedio preordenado para obtener directamente la justicia de ellos, opere, a su vez, respecto de la nulidad: si un acto, mediante un examen directo de su justicia, ha sido reconocido justo, ¿a qué conduce disputar en torno a su nulidad o, igualmente, si habiendo sido reconocido injusto ha sido quitado de en medio?

Por eso, no solamente la *rescisión* o *la confirmación del acto por parte del sujeto investido del poder de rescisión excluye toda cuestión relativa a su nulidad, sino que, además, la impugnación del acto absorbe su invalidación.*

El primero de estos principios es absolutamente obvio, porque la rescisión o la confirmación elimina el acto rescindido o confirmado, sustituyendo a él el acto del sujeto rescindente o confirmante.

Casi tan fácil es la explicación del segundo principio, el cual constituye una derivación lógica del primero, puesto que la impugnación tiende a la rescisión del acto impugnado:

o existe impugnación, y se está entonces en una de las dos hipótesis que acabamos de considerar, o no hay impugnación y, en tal caso, al no poder significar la aquiescencia otra cosa que reconocimiento de la justicia del acto o cuando menos de la tolerabilidad de su injusticia, no tiene ya razón de ser la cuestión relativa a su nulidad.

El principio ahora enunciado se infiere del art. 161[1], según el cual "la nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación, sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación"; pero esta fórmula imperfecta debe ser sometida a una cuidadosa interpretación, extensiva y analógica. Prescindiendo de alguna duda de forma, que puede ser resuelta fácilmente (por sentencias "sujetas a apelación o a recurso de casación" deben entenderse todas aquellas contra las cuales se admite la impugnación aun cuando el término para proponerlas haya vencido o se haya hecho aquiescencia a la sentencia), la primera observación que se ha de hacer es que el principio no está limitado en absoluto como parecería de las primeras palabras del artículo, ni siquiera respecto de la sentencia contra la cual no se admite ni el juicio de apelación ni el de casación, se puede hacer valer la nulidad sino a través de las otras impugnaciones consentidas por la ley: cuando, por ejemplo, se sostenga su nulidad con ocasión de dolo o de error del juez, tal nulidad no podrá ser declarada sino mediante el juicio de revocación (*infra*, ns. 613 y sigtes.); *fuera de los casos de nulidad insanable o inexistencia* (*supra*, n. 363) *ningún vicio de la sentencia puede deducirse, por tanto, sino en cuanto se admita su impugnación.* Pero la verdad es que este principio no se refiere tanto a la sentencia cuanto a cualquier acto procesal impugnable; aquí, siendo manifiesta la *eadem ratio*, el procedimiento analógico no encuentra ninguna dificultad.

Una aplicación de la absorción de la invalidación en la impugnación se encuentra, en particular, en el art. 354, según el cual, y salvo los casos previstos en el primer apartado (*infra*, n. 572), la nulidad de actos del juicio de primer grado no sólo no impide al juez de apelación decidir sobre el mé-

rito sino que le consiente disponer, en cuanto sea posible (*supra*, ns. 366 y sigtes.), su rectificación (art. 354[1]).

380. DEPENDENCIA DE LA IMPUGNACION RESPECTO DE LA NULIDAD.

Por otra parte, la promiscuidad de los dos institutos, invalidación e impugnación, induce a consentir esta última, que de otra manera no sería admitida, cuando el acto esté afectado por tales vicios que muy probablemente puedan determinar su injusticia; así veremos que ocurre, en particular, en cuanto a aquellas impugnaciones de las sentencias, que son el recurso de casación (*infra*, ns. 574 y sigtes.) y la revocación (*infra*, ns. 613 y sigtes.), las cuales, sin embargo, no se convierten en absoluto en invalidaciones, sino que conservan su propia naturaleza puesto que es el juez rescindente o, en general, un juez diverso de aquel que ha pronunciado la sentencia impugnada, el que decide nuevamente la litis; si se tratase de invalidación, una vez que se haya declarado la nulidad del acto, su renovación debería tener lugar por obra del sujeto que lo ha realizado.

Por esta razón, se refiere a la impugnación y no a la invalidación la norma que consiente al juez ordinario no sólo rescindir la sentencia de los árbitros cuando esté afectada por los vicios indicados en el art. 829, sino también, después de haberla rescindido, decidir la litis (art. 830); la relación, en tal remedio, entre nulidad e impugnación, está bien expresada en el título, cuando se habla de *impugnación por nulidad*.